

Identitätsdaten als Persönlichkeitsgüter

Vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der
Technischen Universität Darmstadt genehmigte

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doctor iuris (Dr. iur.)

Vorgelegt von

Ass.iur. Markward SCHEMITSCH

Geburtsdatum: 06.07.1974

Geburtsort: Darmstadt

Erstgutachter:

Prof. Dr. V. Schmid

Zweitgutachter:

Prof. Dr. U. H. Schneider

Eingereicht am:

18.06.2004

Mündliche Prüfung am:

06.12.2004

Darmstadt 2004

D 17

Markward SCHEMITSCH
Niebergallweg 22
64285 Darmstadt
Email: mschemitsch@msn.com
Tel. 0179/5284957

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| <i>Abkürzungsverzeichnis</i> | <i>V</i> |
| <i>Idee</i> | <i>1</i> |
| <i>Ergebnisse</i> | <i>5</i> |
| <i>Erster Teil: Selbstbestimmung und Persönlichkeitsrechte</i> | <i>12</i> |
| A. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und besondere Persönlichkeitsrechte..... | 12 |
| I. Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes | 12 |
| II. Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Besonderen | |
| Persönlichkeitsrechte..... | 16 |
| 1. Verfassungsrechtliches und zivilrechtliches allgemeines Persönlichkeitsrecht..... | 16 |
| 2. Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts | 18 |
| a) Fallgruppen..... | 19 |
| b) Sphärentheorie | 19 |
| c) Interessenabwägung..... | 20 |
| d) Schutz der Gesamtpersönlichkeit als Pendant zur allgemeinen Handlungsfreiheit .. | 21 |
| 3. Wirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Privatrecht..... | 23 |
| a) Unmittelbare Drittwirkung | 23 |
| b) Mittelbare Drittwirkung..... | 24 |
| c) Schutzpflichten | 25 |
| d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Realisierung von Schutzpflichten durch die | |
| Justiz | 30 |
| 4. Besondere Persönlichkeitsrechte als einfachrechtliche Konkretisierung von | |
| Schutzpflichten | 30 |
| B. Kriterien für die Anerkennung besonderer Persönlichkeitsrechte | 31 |
| I. Zweck der Begriffsbildung "besondere Persönlichkeitsrechte" | 32 |
| II. Bisherige Handhabung des Begriffs "besondere Persönlichkeitsrechte" | 33 |
| III. Eigener Ansatz | 35 |
| 1. Entäußerungen der Persönlichkeit | 35 |
| 2. Unlösbare Verbindung zur Persönlichkeit..... | 37 |
| 3. Tatbestand: Persönlichkeitsgut als Objekt der Selbstbestimmung | 38 |
| C. Dispositionsmöglichkeiten über Persönlichkeitsrechte | 38 |
| I. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte | 39 |
| 1. Entwicklung in der Rechtsprechung..... | 39 |
| a) Ebene des Eingriffsrechtsguts..... | 39 |
| b) Ebene der Rechtsfolgen..... | 42 |
| 2. Entwicklung in der Rechtslehre..... | 43 |
| II. Unübertragbarkeit der Persönlichkeitsrechte ? | 45 |
| III. Unübertragbarkeit und Bedürfnisse des Marktes - Lösungsmöglichkeiten | 45 |
| 1. Widerrufliche Einwilligung | 46 |
| 2. "Verdinglichte" schuldrechtliche Verpflichtung..... | 47 |
| 3. Persönlichkeitsgüterrechte | 48 |
| 4. Gebundene Rechtsübertragung – Persönlichkeitsrechte als "Mischrechte" | 48 |
| 5. Stellungnahme | 50 |

| | |
|---|------------|
| D. Einwilligung als normiertes Dispositionsinstrument bei Persönlichkeitsrechten | 52 |
| I. Begriff | 53 |
| 1. Medizinrecht | 53 |
| 2. Recht am eigenen Bild | 54 |
| 3. Namensrecht | 54 |
| 4. Urheberrecht | 55 |
| II. Inhalt der Einwilligung - Stufenleiter der Gestattungen | 56 |
| 1. Translative Rechtsübertragung | 57 |
| 2. Konstitutive Rechtsübertragung | 57 |
| 3. Schuldrechtlicher Gestattungsvertrag | 58 |
| 5. Einseitige widerrufliche Einwilligung | 59 |
| a) Unteres Ende der Stufenleiter | 59 |
| b) Abgrenzung: Einwilligung – schuldrechtlicher Gestattungsvertrag | 60 |
| III. Rechtsnatur der "Unwiderruflichen Einwilligung" | 63 |
| IV. Rechtsnatur der widerruflichen Einwilligung | 65 |
| 1. Reichsgericht | 67 |
| a) Ärztlicher Heileingriff | 67 |
| b) Handeln auf eigene Gefahr | 68 |
| c) Persönlichkeitsrechte | 69 |
| d) Strafrecht | 69 |
| 2. Bundesgerichtshof | 70 |
| 3. Literatur | 73 |
| a) Strenge Ansichten | 73 |
| b) Gemäßigte Ansichten | 76 |
| 4. Stellungnahme | 79 |
| E. Dispositions Voraussetzungen bei Persönlichkeitsrechten | 83 |
| I. Aufklärung | 83 |
| 1. Allgemein | 83 |
| 2. Medizinrechtliche Aufklärungspflicht | 85 |
| a) Zweck – Sicherung der Selbstbestimmung | 85 |
| b) Inhalt – "informierte Risikoabwägung" | 86 |
| c) Folgen | 87 |
| d) Verzicht auf Aufklärung | 88 |
| 3. Instruktions- und Warnpflichten im Produkthaftungsrecht | 89 |
| a) Aufklärung als Sorgfaltspflicht | 89 |
| b) "Assumption of Risk" – Handeln auf eigene Gefahr im us-amerikanischen Recht | 90 |
| c) Inhalt und Grenzen der Instruktionspflicht | 91 |
| d) Verbraucherleitbild | 93 |
| II. Willensmängel | 95 |
| 1. Erklärungsirrtum | 96 |
| 2. Eigenschaftsirrtum | 97 |
| 3. Motivirrtum | 98 |
| 4. Drohung und arglistige Täuschung | 98 |
| III. Verhältnis von Aufklärung und Willensmängeln | 100 |
| IV. Einwilligungsfähigkeit | 100 |
| F. Dispositionsbeendigung bei Persönlichkeitsrechten | 105 |
| I. Auslegung | 105 |
| II. Anfechtung | 106 |
| III. Widerruf/Kündigung | 107 |

| | |
|--|------------|
| G. Dispositionskontrolle zum Ausgleich von Vertragsdisparität | 111 |
| I. Verfassungsrechtliche Herleitung | 112 |
| II. Wirkung im Privatrecht | 113 |
| III. Auslöser der Inhaltskontrolle | 114 |
| 1. Äußere Umstände | 115 |
| 2. Persönliche Umstände | 116 |
| IV. Durchführung der Inhaltskontrolle | 117 |
| 1. Unfairer Vertrag | 117 |
| 2. Rechtsfolgen | 118 |

Zweiter Teil: Selbstbestimmung über das Identitätsdatenrecht als besonderem Persönlichkeitsrecht..... 119

| | |
|---|------------|
| A. Identitätsdatenrecht als besonderes Persönlichkeitsrecht | 119 |
| I. Informationelle Selbstbestimmung und allgemeines Persönlichkeitsrecht | 120 |
| II. Begriff der personenbezogenen Daten | 122 |
| III. Erfüllung der Kriterien eines besonderen Persönlichkeitsrechts | 124 |
| 1. Daten als Persönlichkeitsgut | 125 |
| 2. Verbindung zur Persönlichkeit | 126 |
| 3. Tatbestand | 126 |
| IV. Begriff des Identitätsdatenrechts | 127 |
| V. Abgrenzung der Persönlichkeitsrechte an Identitätsmerkmalen zueinander | 129 |
| B. Dispositionsmöglichkeiten und -instrumente | 131 |
| I. Selbstbestimmung oder normierter Zwang | 131 |
| 1. Vertrag oder vertragsähnliches Vertrauensverhältnis | 133 |
| 2. Einwilligung | 135 |
| a) Anwendungsbereich | 135 |
| b) Gegenstand | 137 |
| II. Rechtsgeschäfte über das Identitätsdatenrecht | 138 |
| 1. Konstitutive Rechtsübertragung | 139 |
| 2. Schuldrechtlicher Gestattungsvertrag | 142 |
| 3. Einfache Einwilligung | 144 |
| C. Dispositionsvoraussetzungen | 145 |
| I. Normierte Voraussetzungen | 146 |
| 1. Datenschutzrichtlinie | 147 |
| 2. Bundesdatenschutzgesetz | 147 |
| II. Aufklärungspflichten | 148 |
| 1. Konkretisierung | 148 |
| 2. Zwecknennung | 149 |
| 3. Verweigerungsfolgen | 151 |
| 4. Eigener Vorschlag | 152 |
| a) Prämissen | 153 |
| b) Mindestangaben | 155 |
| III. Freiwilligkeit | 155 |
| 1. Willensmängel – allgemeines Schutzniveau | 156 |
| 2. Willensmängel – spezielles Schutzniveau | 158 |
| a) Kopplungsverbot | 158 |
| b) Willensmängel aufgrund Vertragsdisparität | 162 |
| aa) Abhängigkeitsverhältnisse | 163 |
| bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen | 164 |
| IV. Einwilligungsfähigkeit | 172 |
| 1. Datenschutzrechtliche Literatur | 173 |

| | |
|--|-------------------|
| 2. Stellungnahme | 174 |
| 3. Schutz von Kindern bei Online-Kommunikation | 174 |
| a) COPPA | 175 |
| b) ECOM | 176 |
| D. Dispositionsbeendigung | 176 |
| I. Widerruf als Oberbegriff | 177 |
| II. Widerruf und Vertrag | 178 |
| <i>Literaturverzeichnis</i> | <i>181</i> |
| <i>Zur Person des Verfassers</i> | <i>194</i> |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AfP | Archiv für Presserecht |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| AK | Alternativkommentar (siehe Literaturverzeichnis) |
| AMG | Arzneimittelgesetz |
| Art. | Artikel |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl. | Auflage |
| Az. | Aktenzeichen |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts |
| Bd. | Band |
| BDSG | Bundesdatenschutzgesetz |
| Beschl. | Beschluss |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichts-Gesetz |

| | |
|----------|---|
| bzgl. | bezüglich |
| COPPA | Children's Online Privacy Protection Act |
| CR | Computer und Recht |
| ders. | derselbe |
| DSRL | Datenschutzrichtlinie |
| DUD | Datenschutz und Datensicherheit |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| ECOM | Electronic Commerce Promotion Council of Japan |
| EGStGB | Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch |
| f./ff. | folgende |
| FamRZ | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| Ffm | Frankfurt am Main |
| FS | Festschrift |
| FTC | Federal Trade Commission |
| FuR | Familie und Recht |
| GBO | Grundbuchordnung |
| GebrMG | Gebrauchsmustergesetz |
| GeschmMG | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen |
| GG | Grundgesetz |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GVBl. | Gesetz und Verordnungsblatt |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HDSG | Hessisches Datenschutzgesetz |
| HRR | Höchststrichterliche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung) |
| HStR | Handbuch des Staatsrechts (siehe Literaturverzeichnis) |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JArbSchG | Jugendarbeitsschutzgesetz |

| | |
|---------|--|
| JUS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| KUG | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie |
| Lat. | Lateinisch |
| LG | Landgericht |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| MDR | Monatsschrift für deutsches Recht |
| MDStV | Mediendienste-Staatsvertrag |
| MedR | Medizinrecht |
| MüKo | Münchener Kommentar (siehe Literaturverzeichnis) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| Nr. | Nummer |
| NRW | Nordrhein-Westfalen |
| OGH | Oberster Gerichtshof (Österreich) |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PatG | Patentgesetz |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RDV | Recht der Datenverarbeitung |
| RG | Reichsgericht |
| RGRK | Reichsgerichtsräte (siehe Literaturverzeichnis) |
| RGSt | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn | Randnummer |
| S. | Seite |

| | |
|-------|--|
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| TDDSG | Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten |
| TDSV | Telekommunikations-Datenschutzverordnung |
| TFG | Transfusionsgesetz |
| TKG | Telekommunikationsgesetz |
| TPG | Transplantationsgesetz |
| u.U. | unter Umständen |
| UDSV | Teledienstunternehmen-Datenschutzverordnung |
| UFITA | Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| Urt. | Urteil |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. | von/vom |
| VersR | Versicherungsrecht |
| vgl. | vergleiche |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| ZGB | Zivilgesetzbuch (Schweiz) |
| ZNR | Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

Idee

"Privacy is the power to control what others can come to know about you. It is our ability to regulate the flow of information about ourselves. When we are in control of the regulation, and shut off the flow, there is privacy. When information flows more freely, either because we deliberately increase the flow or because we lose control of the flow, there is identity. Privacy and identity are end-points on a continuum, so that a gain in one comes at the price of a loss of the other."¹

Namen, Fotos, gesprochenes, geschriebenes und gedrucktes Wort, Film- und Tonbandaufnahmen, wahre oder erfundene Einzelheiten aus dem Privatleben eines Prominenten, der Clickstream einer Internetseite oder eine vierstellige Zahl im gefundenen Portemonnaie können eines gemeinsam haben: Es kann sich um "personenbezogene Daten" handeln. Um das festzustellen, muss man sich nur auf die Suche nach dem Ariadnefaden machen, der das Datum wie eine Leine an die Person knüpft. Manchmal wird es schon reichen, den Faden zu fassen und aufzublicken. Ein anderes Mal müssen die dunklen Gänge des Labyrinths durchschritten werden. Doch wer sollte das tun? Wer hat Interesse daran, herauszufinden, welches Datum zu welcher Person gehört? Und wer sollte etwas dagegen haben?

Der Mensch ist ein soziales Wesen. Sein Interesse an anderen ist natürlich und geradezu Voraussetzung für das Leben in der Gruppe. Daraus erklärt sich das Vorhandensein der "Schaulustigen" an Unfallstellen und die Auflagenstärke der "Klatschpresse". Doch zum Beobachten gehört immer ein Beobachteter. Dieser befindet sich gegenüber den anderen Gruppenmitgliedern in einer Sonderrolle, einer temporären Exklusion aus der Gruppe, was für das Sozialwesen Mensch per se eine Belastungssituation darstellt. Auch die freiwillige Präsentation wird nur gesucht, sofern sie kontrollierbar und endlich ist. Der Rückzug in die Anonymität der Gruppe muss gewährleistet sein.

¹ Deighton, Market Solutions to Privacy Problems?, S. 2.

Beobachtung wird aber auch deshalb vermieden, weil der Einzelne seine sozialen Beziehungen und damit seine Geltung in der Gruppe selbst steuern will. Jeder ist einer permanenten sozialen Rollenzuweisung, einer Einschätzung seines sozialen Status, einer Bewertung im Hinblick auf Sympathie oder Antipathie, Vertrauen oder Misstrauen ausgesetzt. Diese Bewertung findet aber nicht nur während des direkten Gegenüberseins der Individuen statt, sondern jedes biosoziale Datum über eine Person, das irgendwo in Umlauf ist, kann geeignet sein, als derartiges Bewertungsattribut zu dienen und damit die Selbststeuerung des sozialen Geltungsanspruchs zu unterlaufen. Auch wer behauptet, "von mir kann jeder alles wissen", sagt dies nur, solange er darauf Vertrauen kann, dass Privatheit möglich ist. Die Missachtung elementarer Privatheit würde auch er als negative Emotion und Willenszwang empfinden.

Die bekanntesten möglichen Verletzter der Privatheit sind heute die Sensationspresse, insbesondere in der Form der Prominentenberichterstattung, Marketingunternehmen auf der Suche nach dem gläsernen Kunden² sowie schlicht Kriminelle, die etwa Authentifizierungsdaten für moderne Bezahlssysteme zu erlangen versuchen. Ganz zuletzt rangiert, entgegen der noch vor wenigen Jahrzehnten herrschenden Auffassung, der Staat als Datensammler, etwa bei der Kameraüberwachung öffentlicher Plätze oder der Einführung biometrischer Merkmale auf Personalausweisen.

An der grundsätzlichen Notwendigkeit, dass das Recht dem Einzelnen die Möglichkeit zu Privatheit sichern muss, besteht kein Zweifel. Gegenwärtig geschieht dies durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie gesondert normierter besonderer Persönlichkeitsrechte. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein nicht kodifiziertes Rahmenrecht. Ob eine tatbestandsmäßige Persönlichkeitsverletzung angenommen werden kann, ist jeweils anhand einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu bestimmen. Die besonderen Persönlichkeitsrechte, wie etwa das Recht am eigenen Bild, das Recht am Namen und das

² "Half my advertising is wasted, I just don't know which half".

Recht am eigenen Wort, sind dagegen durch Normierung bzw. Rechtsprechung tatbestandsmäßig so konkretisiert, dass sich eine Interessenabwägung erübrigt und das Recht ihnen sowohl eine Ausschließungsfunktion als auch eine Verwertungsfunktion zuerkennt. Dem Namensträger obliegt es aufgrund seines Rechts auf geistige und wirtschaftliche Selbstbestimmung, ausschließlich darüber zu entscheiden, ob sein Name zu Werbezwecken verwendet wird³. Aus § 22 S.2 KUG ergibt sich, dass die Erlaubnis, das menschliche Erscheinungsbild zu verwerten, gegen Entgelt erteilt werden darf.

Auffällig an diesem Befund ist, dass an einigen Aspekten der Persönlichkeit, die von dieser mit Hilfe von Technik (Fotographie, Tonband, Druck, Film) gelöst werden können und damit gesondert umlauffähig sind, von unserer Rechtsordnung Ausschließungsrechte und Verwertungsrechte zuerkannt werden. Im Übrigen soll über das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schutz der Persönlichkeit im Ganzen gewährt werden. Es wird also nicht die Verletzung eines Objekts mit Persönlichkeitsbezug geprüft, sondern eine Verletzung der Persönlichkeit selbst. Diese ist aber unstofflich und umfasst die Gesamtheit der Empfindungen, das Bewusstsein, den freien Willen, die Würde, die Individualität des Einzelnen. Die Persönlichkeit selbst kann daher nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Das können nur "Gegenstände", die von der Person kommend in die Welt hinaustreten. Bisher sind Rechte an derartigen Persönlichkeitsgegenständen nur dort anerkannt wo mit überkommener Technik die Materialisierung als Objekt seit langem Gang und Gäbe ist. Hier soll jedoch die These vertreten werden, dass in der nicht zufällig als "Informations"zeitalter bezeichneten gegenwärtigen Epoche jede personale Information mit Hilfe von Computertechnik in digitalisierter Form frei kombinierbar, verfügbar und umlauffähig gemacht werden kann.

Es ist daher an der Zeit, dass sich auch das Recht nicht mehr mit einigen untergeordneten Teilaspekten befasst, sondern sich der umfassenden Abstraktionsebene zuwendet. Der dort den Ausgangspunkt bildende Oberbegriff ist bereits gefunden

³ BGH, GRUR 1981, 846, 847 – Rennsportgemeinschaft; BGHZ 30, 7, 11 – Caterina Valente;

und gebräuchlich. Seine allumfassende Bedeutung für das Recht der Persönlichkeitswerte aber bisher verkannt. Es ist der Begriff des personenbezogenen Datums. Nicht nur das Abbild, der Name, oder das eigene Wort sind Persönlichkeitsgüter, sondern jedes personenbezogene Datum ist ein solches. Es ist nicht Teil der Person und damit auch nicht Teil der von der jeweiligen Person untrennbaren Persönlichkeit, sondern ein als solches erfassbarer Gegenstand mit Persönlichkeitsbezug. Vom Recht kann das personenbezogene Datum daher ähnlich wie eine Sache behandelt werden. Das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache als körperlichem Gegenstand ist das Eigentum. Es umfasst das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (Verwertungsrecht) und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (Ausschließungsrecht). Eigentumsähnlich sind die Immaterialgüterrechte, nur dass es sich dabei um Herrschaftsrechte an unkörperlichen Gegenständen handelt. Sacheigentum und Immaterialgüterrechte sollen daher hier als Vorbild für das Recht an den eigenen Daten dienen.

Allein diese Sichtweise wird dem unserer Rechtsethik und Rechtsordnung (immer noch) zugrunde liegenden Leitbild der Selbstbestimmtheit des freien Individuums gerecht. Selbstbestimmung umfasst nicht nur die Abwehr von Eingriffen, sondern auch die Möglichkeit, Eingriffe nicht abzuwehren. Das erkennt die Rechtsordnung bei Persönlichkeitsrechten durch die Rechtsfigur der Einwilligung an. Sie wird aber zumeist als bloß unverbindliche Duldung des Eingriffs verstanden, die jederzeit widerruflich ist. Nach hier vertretenem Ansatz gehört zur Selbstbestimmung aber auch die Möglichkeit, mit dem zentralen Instrument des Zivilrechts zur Verwirklichung von Privatautonomie, dem Vertrag, anderen die Verwertung personenbezogener Daten verbindlich zu gestatten.

Ein solches Verständnis von personenbezogenen Daten als Gegenständen des Rechts, die mit Ausschließungs- und Verwertungsfunktion ausgestattet sind, würde zudem den Gedanken des Datenschutzes aus seinem Schattendasein als Sondermaterie zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht befreien. Denn es würde

deutlich, dass es sich hier nur um einen weiteren Aspekt im System des bürgerlichen Güterrechts handelt, mit dem nach hergebrachten Regeln verfahren werden kann. Das hätte weiterhin zur Folge, dass die hypertrophe datenschutzrechtliche Normierung auf ein einfaches Fundament gestellt werden könnte. Bei Anerkennung eines Herrschaftsrechts an den eigenen Daten könnte sich die Rechtsordnung auf die Regelung des Zwangszugriffs auf die Daten zur Verfolgung von überwiegenden Allgemeininteressen (etwa Strafverfolgung, Gefahrenabwehr) oder im Interesse Dritter (etwa zur privaten Rechtsverfolgung) beschränken. Zudem würde die unmissverständliche Anerkennung von "Eigentum" an Daten ein für jeden leicht verständliches Signal setzen, dass die eigennützige Anmaßung der Nutzung rechtswidrig ist. Zahlreiche gegenwärtige Praktiken des Umgangs mit personenbezogenen Daten, die von Datenschützern kritisiert werden und mit großem Aufwand zu bekämpfen versucht werden, würden von selbst versiegen, weil eindeutiges Recht die Automatismen der Ordnungsfunktion des Rechts in Gang setzt.

Ergebnisse

Die vorliegende Arbeit ist ihrem Gegenstand entsprechend über weite Strecken theoretischer Natur. Eine Orientierung an "Praxisbeispielen" oder "leading cases" wurde auch dort, wo sie eventuell möglich gewesen wäre, bewusst vermieden. Es sollen allgemeine Aussagen getroffen und Ergebnisse gefunden werden, die auf sämtliche Fallgestaltungen Anwendung finden können. Die edelste Aufgabe der Rechtswissenschaft ist nicht die Diskussion von Einzelfällen, sondern das Finden des Extrakts, der höchsten Abstraktionsstufe. Eine Durchmischung der abstrakten mit der konkreten Denkebene führt leicht dazu, dass der Leser schon bald nicht mehr weiß, welche Aussage den Besonderheiten des Einzelfalls geschuldet ist und welche unabhängigen Stellenwert hat.

Nachdem die Leitidee der Arbeit bereits geschildert wurde, sollen schon an dieser Stelle die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung vorweg dargestellt werden. Mag dies auch ein ungewöhnliches Vorgehen sein, so erscheint es angesichts der

Dichte und Vielgestaltigkeit der Darlegungen doch sinnvoll, dem Leser auf diese Weise ein Vorverständnis zu ermöglichen.

Erster Teil

(1) Das Verfassungsrecht bestimmt, "dass" die Persönlichkeit zu schützen ist, das einfache Recht bestimmt, "wie" die Persönlichkeit zu schützen ist. Ersteres wird durch die Anerkennung des aus Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG hergeleiteten verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet. Ein zivilrechtliches allgemeines Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs.1 BGB ist abzulehnen. Die weite und Unbestimmtheit des Begriffs "Persönlichkeit" führt dazu, dass der Zivilrichter eine Rechtsverletzung nur mit Hilfe einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung vornehmen kann. Diese Prüfung unterscheidet sich nicht von einer Gegenüberstellung und Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ein solches Vorgehen ist aber nicht die Anwendung einfachen Rechts, sondern die Herleitung von Rechtsfolgen unmittelbar aus der Verfassung. Es verstößt gegen das Gewaltenteilungsprinzip, den Vorbehalt des Gesetzes und gegen das herrschende Grundrechtsverständnis, wonach Grundrechte keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten, sondern gesetzesmediatisiert zur Anwendung gelangen. Die bisherige Handhabung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Zivilrechtsprechung kann daher nur als einzelfallbezogene Aktualisierung der Schutzfunktion der Grundrechte verstanden werden. Dieser darf aber nur Ausnahmecharakter zukommen, wenn der einfachrechtlich gewährleistete Schutz nicht hinreichend ist. Der Gesetzgeber ist mithin aufgerufen, den Persönlichkeitschutz endlich einfachrechtlich umfassend zu konkretisieren.

(2) Nur die so genannten besonderen Persönlichkeitsrechte, wie das Recht am eigenen Bild, das Recht am Namen und am eigenen Wort stellen einige wichtige Persönlichkeitsgüter auf der Ebene des einfachen Rechts unter Schutz. Sie erfassen aber nicht sämtliche Ausprägungen der Persönlichkeit, daher ist immer wieder der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht notwendig.

(3) Ob ein Persönlichkeitsgut gegenwärtig als besonderes Persönlichkeitsrecht anerkannt werden kann, ist anhand eines Kriterienkatalogs zu prüfen. Folgende Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, können dabei unterschieden werden: Es muss sich um Entäußerungen der Persönlichkeit dergestalt handeln, dass sie wie Gegenstände ein umlauffähiges abgrenzbares Etwas außerhalb der Person sind. Die Ablösung von der Person darf aber nicht vollständig sein. Die Verbindung zur Person muss weiterhin vorhanden sein, so dass das Gut in Bezug zur umfassend verstandenen Persönlichkeit bleibt. Schließlich kann von einem besonderen Persönlichkeitsrecht nur gesprochen werden, wenn das Persönlichkeitsgut auch einfachrechtlich in Form eines abgrenzbaren Tatbestandes hinreichend konkretisiert ist.

(4) Die Dispositionsmöglichkeiten über Persönlichkeitsrechte umfassen nicht nur unverbindliche, jederzeit widerrufliche Duldungen, sondern auch stärkere Bindungsformen. Zwar ist die vollständige, das heißt translativ, Rechtsübertragung nicht möglich, doch ist die von *Hans Forkel* propagierte "gebundene Rechtsübertragung" als dinglich wirkende Gestattung anzuerkennen.

(5) Die möglichen Rechtsbindungsformen können typisiert in Form einer "Stufenleiter der Gestattungen" in absteigender Reihenfolge nach der Stärke der Rechtsbindung dargestellt werden. Dann ist die dinglich wirkende gebundene oder auch konstitutive Rechtsübertragung die höchste Ebene. Danach folgt der schuldrechtliche Gestattungsvertrag mit rein obligatorischer Wirkung. Die unterste Stufe wird von der einfachen, jederzeit widerruflichen Einwilligung eingenommen.

(6) In der persönlichkeitsrechtlichen Normsetzung wird meist nur der Begriff der "Einwilligung" verwendet. Nach hier vertretener Auffassung ist in diesen Fällen aber keineswegs nur die unverbindliche Gestattung im Sinne der oben genannten untersten Stufe begrifflich erfasst, sondern es kann die gesamte Stufenleiter zur Anwendung gelangen.

(7) Bei der unwiderruflich erteilten Einwilligung handelt es sich um einen schuldrechtlichen Gestattungsvertrag. Dagegen ist die einfache Einwilligung eine einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung.

(8) Abweichend von dem Grundsatz, dass das Informationsrisiko beim Erklären liegt, ist für höchstpersönliche Eingriffsgestattungen eine allgemeine Aufklärungspflicht des Eingreifenden zu fordern. Als Modell kann hier die medizinrechtliche Aufklärung im Vorfeld eines ärztlichen Eingriffs gelten. Diese ist aber auf das individuelle Näheverhältnis zwischen Arzt und Patient zugeschnitten. Sie lässt sich daher nicht in jeder Hinsicht auf Rechtsgeschäfte des weitgehend unpersönlichen Geschäftsverkehrs bei Massen- und Umsatzgeschäften des täglichen Lebens übertragen. Hier ist zusätzlich eine Orientierung an den Informations- und Warnpflichten des Produkthaftungsrechts sinnvoll.

(9) Gemäß dem rechtsgeschäftlichen Charakter der einfachen Einwilligung sind auf sie die Normen des BGB über Willensmängel uneingeschränkt anzuwenden. Abweichend von den §§ 104ff. BGB ist im höchstpersönlichen Bereich ab dem 14. Lebensjahr bis zum Erreichen der Volljährigkeit von einer kumulativen Entscheidungszuständigkeit der Sorgeberechtigten und des Minderjährigen auszugehen, wie sie bereits einige Normen (etwa § 45 JArbSchG) vorsehen.

(10) Auch das Lösen von einmal eingegangenen Rechtsbindungen erfolgt nach den überkommenen Regeln des Zivilrechts. Der Nichtigkeit ist die Anfechtbarkeit vorzuziehen. Neben dem Rücktritt wegen Leistungsstörungen, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus wichtigem Grund ist zusätzlich ein Rücktrittsrecht wegen gewandelter Überzeugung in entsprechender Anwendung von § 42 Abs.1 UrhG anzuerkennen.

(11) Persönlichkeitsrechtliche Dispositionen sind von den Regeln zur Inhaltskontrolle von Verträgen zum Ausgleich von Vertragsdisparität nicht auszunehmen. Die Inhaltskontrolle kann verfassungsrechtsdogmatisch aus grundrechtlichen Schutzpflichten hergeleitet werden und verfolgt das Ziel der Herstellung von "Vertragsgerechtigkeit". Ihre Wirkung im Privatrecht zeigt sich etwa im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, dem Arbeitsrecht, dem Wohnungsmietrecht, in Sondervorschriften zu Haustürgeschäften, etc. Daneben lässt sich aus der Rechtsprechung des BVerfG eine allgemeine Inhaltskontrolle herleiten, die prinzipiell bei Vorliegen einer ungewöhnlich starken Belastung eines Vertragspartners

bei gleichzeitig strukturell ungleicher Verhandlungsstärke die Korrektur des Vertrages zugunsten des "Schwächeren" ermöglicht.

Zweiter Teil

(1) Personenbezogene Daten sind Zeichen, die auf eine natürliche Person verweisen, indem sie diese identifizierbar machen. Zugleich sind sie aber von der Person soweit losgelöst, dass sie wie Gegenstände umlauffähig sind. Diese Umlauffähigkeit bedarf keiner theoretischen Begründung, sondern sie ergibt sich schon aus dem Faktum, dass Daten bereits Gegenstand des Geschäftsverkehrs sind. Auch das gegenwärtige "Datenrecht", lässt sich als objektbezogenes Recht deuten. Das BDSG spricht u.a. von "Beschaffen" von Daten, von "Übermitteln" und von "Löschen". Das in § 4 Abs.1 BDSG normierte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt kann im Sinne der Konstitution eines umfassenden Herrschafts- und Verwertungsrechts an personenbezogenen Daten interpretiert werden.

(2) Die Datenverarbeitung "zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke" im Sinne von § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG legitimiert eine Datenverwendung, die zur Erfüllung von Pflichten oder der Wahrnehmung von Rechten aus einem mit dem Betroffenen geschlossenen Vertrag erforderlich ist. Sie bildet nicht den primären Geschäftsgegenstand, sondern ist nur Mittel zum Zweck der Vertragserfüllung. Insofern ist diese Form der Datenverarbeitung auch bereits durch den Vertragsschluss mitkonstituiert. § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG ist daher nicht als "Erlaubnistatbestand" zu werten. Denn nicht das Gesetz erlaubt hier, sondern der Einzelne durch seinen Vertragsschluss.

(3) Die in § 4a BDSG normierte datenschutzrechtliche Einwilligung kommt nur dann zur Anwendung, wenn personenbezogene Daten selbst den primären Geschäftsgegenstand bilden. Entgegen der im datenschutzrechtlichen Schrifttum vorherrschenden Meinung ist sie nicht bloß eine jederzeit widerrufliche Erlaubnis, sondern umfasst gemäß den im ersten Teil gefundenen Ergebnissen die gesamte Stufenleiter der Gestattungen. Der konstitutiven Rechtsübertragung, der schuldrechtlichen Gestattung und der einfachen widerruflichen Einwilligung können

konkrete Beispiele aus der gegenwärtigen Praxis des Geschäftsverkehrs mit personenbezogenen Daten zugeordnet werden.

(4) Die Aufklärungspflichten im Vorfeld einer datenrechtlichen Gestattung sind nur rudimentär normiert. Der nach BDSG vorgesehene Hinweis auf den Zweck der Datenverwendung sowie die Nennung der Folgen einer Verweigerung der Einwilligung sind nur Nebenaspekte ohne zentrale Relevanz. Anhand der durch die Betrachtung der medizinrechtlichen Aufklärungspflichten und der Instrukti-
ons- und Warnpflichten im Produkthaftungsrecht gewonnenen Erkenntnisse lassen sich jedoch allgemeine Prämissen und Mindestangaben formulieren.

(5) Die in der datenschutzrechtlichen Normierung verwendeten Begriffe "ohne Zwang" und "freie Entscheidung" lassen sich der Verhinderung von rechtlichen Bindungen zuordnen, die Willensmängeln ausgesetzt sind. Gemäß den im ersten Teil gefundenen Ergebnissen sind zunächst die entsprechenden Regelungen des BGB zu Willensmängeln anzuwenden. Daneben gibt es spezielle Schutzinstrumente wie das im Telekommunikations- und Multimediarecht vorgesehene Koppelungsverbot. Dieses lässt sich jedoch nicht für sämtliche Fälle der datenschutzrechtlichen Einwilligung generalisieren, da es einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Vertragsautonomie darstellt. Der Anwendungsbereich ist von daher beschränkt auf Fallkonstellationen, in denen die Voraussetzungen einer Monopolstellung auf Anbieterseite bei zugleich besonderer Wichtigkeit der Leistung für den Nachfrager gegeben sind.

(6) Die allgemeine Inhaltskontrolle von Verträgen nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Vertragsdisparität ist auch auf datenschutzrechtliche Gestattungen anzuwenden. Gleiches gilt für die speziellen Regelungen für typisierte Situationen von Vertragsdisparität, wie etwa Abhängigkeitsverhältnisse oder allgemeine Geschäftsbedingungen. So gelten insbesondere für die Zulässigkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Arbeitsverhältnissen besondere Anforderungen. Die Einwilligung in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist bereits Gegenstand umfangreicher Rechtsprechung, aus der sich ersehen lässt, dass praktisch jede Abweichung von gesetzlichen Erlaubnistatbeständen von den Gerichten bisher als

unangemessene Benachteiligung im Sinne des AGB-Rechts gewertet wird. Entgegen einer im Schrifttum angedeuteten Meinung, sind finanzielle Anreize nicht geeignet, die mangelnde Freiwilligkeit der Gestattung zu vermuten.

(7) Für die Frage der Einwilligungsfähigkeit ist gemäß dem im ersten Teil gefundenen Ergebnis, in teleologischer Reduktion der §§ 104ff. BGB, auch für die datenschutzrechtliche Einwilligung von einer kumulativen Entscheidungsbefugnis des einsichtsfähigen Minderjährigen und der Eltern auszugehen. Für den Schutz von Kindern bei Online-Kommunikation kann auf im Ausland bereits vorhandene Regularien verwiesen werden.

(8) Für die Frage der Beendigung datenrechtlicher Dispositionen erweist sich die klare Differenzierung zwischen den verschiedenen Formen der Einwilligung als hilfreich. Auf die im datenschutzrechtlichen Schrifttum verwendete unbestimmte Begrifflichkeit kann so verzichtet werden. Der Widerruf ist nicht Oberbegriff für sämtliche Möglichkeiten der Dispositionsbeendigung, sondern kommt nur für die einfache Einwilligung in Betracht. Allen übrigen Gestattungen liegt ein schuldrechtlicher Vertrag zugrunde. Es gilt daher der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Die Beendigung ist demgemäß nur nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts sowie evtl. analog § 42 Abs.1 UrhG zulässig.

Erster Teil: Selbstbestimmung und Persönlichkeitsrechte

A. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und besondere Persönlichkeitsrechte

I. Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes

"Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen". Dieses Postulat *Hegels*⁴ ist exemplarisch für das in der deutschen Romantik aufkommende Bewusstsein von Individualität als sittlichem Ideal. Der Einzelne war aufgefordert, seine Besonderheit gegenüber anderen herauszubilden. Indem er sich als eigenständiges und besonderes Wesen etabliert, wird er zum Individuum. Diese individuelle Originalität, die Gesamtheit seiner eigenartigen Wesenszüge, macht seine Persönlichkeit aus⁵.

Folglich kam um die Mitte des 19. Jahrhunderts auch erstmals das "Recht der Persönlichkeit" zur Sprache. Das Recht sollte den Einzelnen in seiner Besonderheit schützen. Zunächst kam der Einführung des Persönlichkeitsrechts im Rahmen der Paulskirchenverfassung die Aufgabe der Grundrechtssicherung zu. Nach dem Scheitern dieses Entwurfs war es ein Anliegen der Liberalen des 19. Jahrhunderts, die verweigerte Anerkennung von Grundrechten ersatzweise über das Privatrecht einzuführen⁶. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts schien sich dann aber die Auffassung durchzusetzen, dass der Persönlichkeitsschutz Aufgabe des Strafrechts sei. So wurde die aus dem gemeinen Recht bekannte *actio iniuriarum aestimatoria* durch § 11 EGStGB ausdrücklich abgeschafft. Schutz gegen Beleidigungen sollte nur noch über die §§ 185ff. StGB gewährleistet werden⁷. Als dann

⁴ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36.

⁵ Vgl. Brockhaus-Enzyklopädie, Stichworte "Persönlichkeit", "Person".

⁶ *Hattenhauer*, "Person" – Zur Geschichte eines Begriffs, JUS 1982, 405, 409.

⁷ *Coing*, Zur Entwicklung des Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, 558, 558.

die Konzeption des BGB anstand, wurden jedoch wieder Stimmen laut, die eine Kodifikation einzelner Persönlichkeitsrechte (*Karl Gareis*) bzw. eines umfassenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts (*Otto v. Gierke, Josef Kohler*) forderten.⁸ Die Verfasser des BGB beließen es schließlich bei der zivilrechtlichen Absicherung einzelner Persönlichkeitsgüter: § 823 Abs.1 BGB nennt Leben, Gesundheit und Freiheit als Rechtsgüter⁹, § 12 BGB das Namensrecht und über § 823 Abs.2 BGB konnte an den strafrechtlichen Ehrenschatz angeknüpft werden. Zudem konnte Persönlichkeitsschutz auch auf Grundlage des § 826 BGB gewährt werden. Dieses Instrument wurde wegen der Voraussetzungen des Vorsatzes und der Sittenwidrigkeit jedoch nur zurückhaltend angewandt¹⁰. Auch das Reichsgericht betonte immer wieder, dass die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht dem geltenden Recht entspräche. Insbesondere könnten die Worte "oder ein sonstiges Recht" in § 823 Abs.1 BGB nicht in einem allgemeineren, auch andere als die ausdrücklich genannten Lebensgüter umfassenden Sinne gebraucht werden¹¹. Die weite Auslegung der normierten Persönlichkeitsrechte führte aber letztlich doch bereits zu einem recht umfassenden Schutz des Lebensbildes etwa bei Darstellungen in Romanen, Film und Theater¹². Gegen Ende der 20er Jahre war die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs.1 BGB bereits in greifbare Nähe gerückt. Untergerichte erwarteten offen, dass das Reichsgericht diesen Schritt bald vollziehen würde¹³. In einem Urteil vom 02.02.1933 schließlich hält das Reichsgericht die Anerkennung zumindest für möglich. Fordert aber eine klare begriffliche Begrenzung auf ganz besondere, charakteristische Wesen der Einzelperson oder ihrer Betätigung¹⁴. Im Nachhinein erscheint die Ablehnung eines allgemeinen Persönlichkeitsrecht be-

⁸ Vgl. *Coing*, FS Maihofer, S. 75ff.; *Simon*, S. 184ff.

⁹ Womit nicht die allgemeine Handlungsfreiheit gemeint war, sondern die körperliche Bewegungsfreiheit. Aber auch die Freiheitsverletzung durch Nötigung zu einer Handlung durch Drohung, Zwang oder Täuschung ist umfasst, vgl. *Palandt-Thomas*, BGB, § 823 Rn 6.

¹⁰ *Simon*, 232ff.

¹¹ RGZ 51, 369, 369.

¹² v. *Caemmerer*, FS Hippel, S. 27ff., 30.

¹³ OLG Kiel, JW 1930, 80.

¹⁴ RG, HRR 1933, Nr. 1319.

reits in den dreißiger Jahren als kaum noch haltbar. Mit dem Dritten Reich wurde diese Entwicklung jedoch jäh unterbrochen.

Mit der Ideologie des nationalsozialistischen Staates war das auf einer individualistischen Rechtsauffassung beruhende allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zu vereinbaren. Nicht mehr die Einzelperson stand im Zentrum des Privatrechts, sondern der Einzelne war dem Primat der Volksgemeinschaft untergeordnet. Mit dem Untergang des subjektiven Rechts¹⁵, verschwanden auch die Persönlichkeitsrechte im herkömmlichen Sinne. Die Rechtsprechung konnte sie mit dem Verweis auf das Interesse der Volksgemeinschaft beliebig einschränken¹⁶. Insbesondere in der urheberrechtlichen Rechtsprechung kam die Argumentation mit der Vorrangstellung der Gemeinschaft zur Anwendung. Das literarische und künstlerische Schaffen war eben nicht mehr Privatangelegenheit, sondern geschah im Dienste der Allgemeinheit¹⁷.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Idee des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit viel Engagement wieder aufgegriffen¹⁸. *Gottwald* hält diese Neubesinnung der Literatur gar für eine "justizspezifische Vergangenheitsbewältigung". Da die einmal veröffentlichten Angriffe gegen die herkömmliche Doktrin von Person und Rechtsfähigkeit nicht mehr ausgelöscht werden konnten, fand man im Persönlichkeitsrecht eine willkommene Gelegenheit, um durch eine radikale Kehrtwende vergessen zu machen, was eben noch gelehrt wurde. Das Persönlichkeitsrecht eignete sich schließlich besonders gut für Bekenntnisse zu Demokratie, zum Vorrang des Einzelnen vor der Gesellschaft und zur Würde des Menschen¹⁹. Neben

¹⁵ *Rüthers*, S. 336ff.

¹⁶ Manifest der Gemeinschaftsideologie in der Rechtstheorie ist der Entwurf eines Volksgesetzbuches durch die Akademie für Deutsches Recht, in dessen Grundregeln es u.a. heißt: "Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes"; "Erste Pflicht des Volksgenossen ist, seine Kräfte für die Volksgemeinschaft voll einzusetzen", vgl. *Schubert*, Volksgesetzbuch, 1988.

¹⁷ Zur nationalsozialistischen Judikatur und Rechtstheorie in Bezug auf Persönlichkeitsrechte, vgl. *Gottwald*, S. 47ff.

¹⁸ Grundlegend *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 1. Aufl., 1950.

¹⁹ *Gottwald*, S. 62f., im Anschluss an *Hattenhauer*, "Person" – Zur Geschichte eines Begriffs, JUS 1982, 405, 410f. Zur These, dass uneingestandene Scham, unter dem Hakenkreuz gelehrt zu haben, in Arbeitseifer verwandelt bzw. durch Bekenntnisse zum Rechtsstaat, zur Parlamentarischen Demokratie und zur Europa-Idee kompensiert wurde, vgl. *Stolleis*, S. 227ff.

der nach dem Krieg ohnehin vorhandenen Aufbruchstimmung werden allerdings auch die klaren Bekenntnisse des Grundgesetzes zur Achtung der Würde des Einzelnen und zum Recht auf Selbstverwirklichung die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erleichtert haben. Die Rechtswissenschaft stützte das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls überwiegend auf eine durch Art.2 GG geänderte Rechtslage²⁰.

Mit dem "Leserbrief-Urteil"²¹ von 1954 hat dann auch der BGH das Bestehen eines von jedermann zu achtenden Persönlichkeitsrechts anerkannt. Auch er sieht die entscheidende Weichenstellung in der Schaffung des Grundgesetzes: "Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art.1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates , von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden."²² Diese Entscheidung hat der BGH in einer Reihe nur kurze Zeit später ergangener Urteile bestätigt²³. In der so genannten "Herrenreiter-Entscheidung" gewährte er entgegen § 253 BGB bei rechtswidrigen und schuldhaften Persönlichkeitsverletzungen unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch Geldersatz für Nichtvermögensschäden²⁴. Wenige Tage nach dieser Entscheidung bestätigte das BVerfG die Rechtsprechung des BGH zur Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und zur Gewährung von Schmerzensgeld. In dem als "Soraya-Entscheidung"²⁵ bekannt gewordenen Urteil ging es um ein erfundenes "Exklusiv-Interview" mit der Prinzessin. Im Hinblick auf die tatbestandliche Anerkennung

²⁰ *Ennecerus/Nipperdey*, AT, 14.Aufl. (1952), Halbb. 1, S. 291ff, 293; *Soergel-Siebert*, BGB, 8.Aufl. (1952), Vorbem. § 12, I, 6; *Staudinger-Coing*, BGB, 11.Aufl. (1957), Vorbem. § 1 Rn 20f.

²¹ BGHZ 13, 334 – Leserbriefe (auch als "Schachtbriefe" bezeichnet).

²² BGHZ 13, 334, 338 - Leserbriefe.

²³ BGHZ 15, 249 – Cosima Wagner; BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke; BGHZ 24, 200 – Spätheimkehrer; BGHZ 26, 349 – Herrenreiter; BGHZ 27, 284 – Tonbandaufnahme; BGHZ 35, 363 – Ginseng; etc.

²⁴ BGHZ 26, 349 - Herrenreiter.

²⁵ BVerfGE 34, 269 – Soraya.

des allgemeinen Persönlichkeitsrechts konstatierte das BVerfG, dass dessen Begründung und Weiterentwicklung im Bereich der zivilrechtlichen Dogmatik verblieben sei und daher dieser Rechtsprechung des BGH von Verfassung wegen nicht entgegenzutreten sei²⁶.

Trotz einiger Kodifikationsbemühungen²⁷ ist es bis heute dabei geblieben, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz überwiegend auf außergesetzlichen Grundlagen beruht. Dieser Zustand führt zu Fragen nach dem Prinzip der Gewaltenteilung, den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung oder zum Grundsatz "nullo poena sine lege". Aber auch sofern die grundsätzliche Zulässigkeit nicht in Zweifel gezogen wird, sind die Unklarheiten in dogmatischer Hinsicht immens und auch für die vorliegende Arbeit von Bedeutung.

II. Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Besonderen Persönlichkeitsrechte

Zur Klärung der Frage, ob und wie sich neue besondere Persönlichkeitsrechte herausbilden können oder ob es sich dabei bloß um Fallgruppen eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, ist zunächst zu klären, in welchem Verhältnis das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu den besonderen Persönlichkeitsrechten steht. Die Beantwortung dieser Frage setzt wiederum die Bestimmung voraus, auf welcher Ebene der Normenhierarchie die jeweiligen Persönlichkeitsrechte einzustufen sind.

1. Verfassungsrechtliches und zivilrechtliches allgemeines Persönlichkeitsrecht

²⁶ BVerfGE 34, 269, 281 - Soraya.

²⁷ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes, Verhandlungen des Dt. Bundestages, 3. Wahlperiode, 1957, BT-Drucks. 1237; Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften von 1967, hierzu *Gottwald*, S. 304ff. sowie der Vorschlag von v. *Bar*, Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bd. I, 1981, S. 1681ff.

Sowohl die entsprechenden Passagen der Rechtsprechung des BGH als auch des BVerfG lassen nicht erkennen, dass zwischen einem verfassungsrechtlichen und einem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterschieden wird. Der BGH scheint hier gar von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auszugehen, wenn er formuliert "das allgemeine Persönlichkeitsrecht beruht darauf, dass die Menschenwürde unantastbar ist und niemand im Rahmen der sittlichen Ordnung und der Gemeinschaftsordnung an der Entfaltung seiner Persönlichkeit gehindert werden darf. Dabei handelt es sich um Grundwerte der Rechtsordnung, die in dem Grundgesetz als solche anerkannt sind (Art. 1, 2 GG), *und die auch im Privatrecht von jedermann zu achten sind.*"²⁸ Auch das BVerfG beläßt es bei der Berufung auf ein verfassungsrechtlich gewährleistetes allgemeines Persönlichkeitsrecht²⁹, spricht aber gemäß der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung nur von der Ausstrahlungswirkung der in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen auf das Zivilrecht³⁰. Dennoch wird in der zivilrechtlichen³¹ und zum Teil auch in der öffentlich-rechtlichen Literatur³² von der Notwendigkeit einer scharfen Unterscheidung zwischen einem verfassungsrechtlichen und einem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgegangen. Wie beim Eigentum würde sich hinter dem gleichen Begriff im Verfassungsrecht eine andere Bedeutung verbergen als im Zivilrecht³³. Das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht sei ein allein die staatliche Gewalt bindendes Grundrecht, während das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht ein gegen Grundrechtsträger gerichtetes Privatrecht sei. Es stehe also in der Normenhierarchie auf der gleichen

²⁸ BGHZ 30, 7, 10f. – Caterina Valente, Hervorhebung vom Verfasser; fast gleichlautend BGHZ 13, 334, 338 – Leserbriefe und BGHZ 24, 72, 76 – Krankenkassenpapiere; vgl. auch die Nachweise bei Palandt-Heinrichs, BGB, § 242 Rn 7.

²⁹ BVerfG 54, 148, 153 – Eppler.

³⁰ BVerfG 35, 202, 219 – Lebach; BVerfGE 84, 192, 194f. – Entmündigung. Weitere Nachweise bei v.Münch/Kunig-v.Münch, GG, Vorb. Art. 1-19, Rn 31.

³¹ Baston-Vogt, S. 115ff.; Helle, S. 30; Schwerdtner, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JUS 1978, 289, 291; Hubmann, Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?, UFITA 70 (1974), 75, 77.

³² Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857, 858.

³³ Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857, 858.

Stufe mit den einfachen Gesetzen³⁴. Eine Gleichsetzung beider Rechte würde auf die Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten hinauslaufen³⁵.

Damit ist der eigentliche Grund der Unterscheidung angesprochen. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht kodifiziert ist, kann nicht auf einfaches Gesetzesrecht zurückgegriffen werden. Die Argumentation erfolgt statt dessen auf der Basis des Grundgesetzes. Weil aber Grundrechtsnormen nicht unmittelbar zwischen Privaten zur Anwendung gelangen dürfen, muss eine Mediationsebene eingefügt werden - was über die Fiktion eines einfachrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts konstruiert wird. Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung braucht ja zu ihrer Anwendung einfaches Recht, an das die Bindungswirkung der Grundrechte anknüpfen kann³⁶. Dass es sich dabei nur um eine Fiktion handelt, wird zunächst daran deutlich, dass keine konkreten Unterschiede zwischen beiden Rechten genannt werden können, so wie es etwa beim Vergleich des Eigentumsbegriffs des BGB mit dem des Grundgesetzes möglich ist. Wie unten näher auszuführen sein wird³⁷, handelt es sich bei der Schutzgewährung der Zivilgerichte unter Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht mangels einfachgesetzlicher Ausgestaltung dieses Rechts vielmehr um eine einzelfallbezogene Aktualisierung des verfassungsrechtlich gebotenen Grundrechtsschutzes.

2. Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Eine umfassende Definition des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist bis heute nicht gelungen. Schon *Hubmann* hat in seiner grundlegenden Monographie eingestanden, dass der Versuch einer positiven Bestimmung am geheimnisvollen Wesen der Persönlichkeit scheitern müsse³⁸. Die dennoch unternommenen Nähe-

³⁴ *Baston-Vogt*, S. 124.

³⁵ *Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857, 858.

³⁶ v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, GG, Art. 2 Rn 156.

³⁷ Siehe, Erster Teil, A., II., 4.

³⁸ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 152.

rungsversuche "leiden unter unscharfen Konturen, Mangel an Präzision und einem Übermaß an unbestimmten Begriffselementen"³⁹.

a) Fallgruppen

Angesichts der Tatsache, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine durch Richterrecht geschaffene Rechtsfigur ist, liegt es nahe seinen Inhalt durch Bildung von Fallgruppen zu systematisieren⁴⁰. Dieses Vorgehen ist für Praxis der Rechtsanwendung sicherlich hilfreich, enthält aber zugleich das Eingeständnis, dass eine generalisierende dogmatische Fundierung nicht möglich ist.

b) Sphärentheorie

Ein anderer Konkretisierungsansatz ist die Bildung von Persönlichkeitssphären. Wohl ausgehend von der Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG und der Unantastbarkeit der Menschenwürde, soll der Eigenbereich einer Person in Sphären unterteilt werden, die durch eine unterschiedliche Schutzintensität gekennzeichnet sind. Dieses Vorgehen findet sich sowohl in der Rechtsprechung des BGH⁴¹ als auch in der des BVerfG⁴². Mit zum Teil unterschiedlicher Begrifflichkeit wird differenziert zwischen Individualsphäre (auch Sozialsphäre genannt), Privatsphäre und Intimsphäre. Während in die beiden ersten Sphären Eingriffe in abgestuftem Maße möglich sein sollen, genieße die Intimsphäre absoluten Schutz⁴³. Ersichtlich wird auf diese Weise nicht der Schutzzinhalt bestimmt, also ein abstrakt-genereller Schutzbereich, sondern lediglich der Schutzzumfang, das "Wieweit" des Persönlichkeitsschutzes. Welche der Sphären jeweils betroffen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Konturierung des Schutzbe-

³⁹ Gernhuber, Bürgerliches Recht, S. 192.

⁴⁰ Soergel-Zeuner, BGB, § 823 Rn 70ff.; Staudinger-Schäfer, BGB, § 823 Rn 211ff; Medicus, BGB AT Rn 1080ff; MüKo-Schwerdtner, BGB, § 12 Rn 230ff.

⁴¹ Bereits in BGHZ 13, 334, 338, 339 – Leserbriefe.

⁴² BVerfGE 27, 1, 6, 7; BVerfGE 34, 238, 345f.; BVerfGE 73, 120, 121, 122.

⁴³ Palandt.-Thomas, BGB, § 823 Rn 178; Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112, 112.

reichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist auf diese Weise nicht möglich⁴⁴. So bedeutet die Sphärentheorie im Endeffekt nicht anderes als eine fallgruppenorientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung⁴⁵.

c) Interessenabwägung

Die eigentliche einzelfallbezogene Konkretisierung der Reichweite des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes wird in der gerichtlichen Praxis über eine Güter- und Interessenabwägung vollzogen. Die Rechtspositionen beider betroffenen Parteien sollen dabei sowohl auf der Grundlage einer generellen Betrachtung des Stellenwerts der betroffenen Grundrechtspositionen als auch unter Berücksichtigung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung im konkreten Fall vorzunehmen sein⁴⁶. Bezeichnenderweise ist dabei schon unklar, ob die Abwägung auf Rechtfertigungsebene oder auf Tatbestandsebene stattfindet. Die Rechtsprechung verwendet die Formulierung, dass es sich um einen "offenen" Deliktstatbestand handle, dessen Inhalt als auch dessen Umfang durch eine Abwägung zu ermitteln sei⁴⁷. Der überwiegende Teil der zivilrechtlichen Kommentierung folgt dem und geht davon aus, dass mit der durch die Abwägung erfolgte tatbestandsmäßige Konkretisierung des Schutzbereichs auch die Rechtswidrigkeit festgestellt ist⁴⁸. Dies folge aus der besonderen Natur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als "Rahmenrecht"⁴⁹. Deshalb sei es eine müßige Streitfrage, ob sich die Grenzen des Persönlichkeitsanspruchs im Einzelfall als tatbestandliche oder Rechtfertigungsgründe auswirken⁵⁰. Palandt-Thomas will die Tatbestandsmäßigkeit in der Verletzung einer der Persönlichkeitssphären sehen und die Rechtswidrigkeit durch die Interessen- und

⁴⁴ Das Volkszählungsurteil wird vielfach als Abkehr von der Sphärentheorie verstanden, *Geis*, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112; *Baston-Vogt*, S. 188.

⁴⁵ *Dreier-Dreier*, GG, Art. 2 I Rn 61 unter Verweis auf BVerfGE 79, 256, 270ff.

⁴⁶ BGH, NJW 1997, 2513, 2514 m.w.N.

⁴⁷ BVerfGE 66, 116, 132.

⁴⁸ *MüKo-Schwerdtner*, BGB, § 12 Rn 188; *Soergel-Zeuner*, BGB, § 823 Rn 73; *RGRK-Dunz*, BGB, § 823 Anh. I Rn 10. Im Ergebnis auch *Erman-Ehman*, BGB, Anh. § 12 Rn 60, der allerdings in "speziellen Fällen" die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit für möglich hält, a.a.O. Rn 61.

⁴⁹ *MüKo-Schwerdtner*, BGB, § 12 Rn 188.

Güterabwägung bestimmen⁵¹, verkennt dabei aber, dass die Sphären selbst nichts anderes als Ergebnis einer Güterabwägung sind⁵².

d) Schutz der Gesamtpersönlichkeit als Pendant zur allgemeinen Handlungsfreiheit

Der Überblick zeigt, dass sowohl Rechtsprechung als auch Rechtslehre den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht abschließend umschreiben können, sondern seine Ausprägungen jeweils anhand des zu entscheidenden Falles herausarbeiten müssen.⁵³ Eine positive Definition kann deshalb nur so lauten, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht auf spezielle Persönlichkeitsgüter beschränkt ist, sondern der Absicherung der Gesamtpersönlichkeit dient. Der Schutzbereich wird durch die den Persönlichkeitsinteressen des Rechtsinhabers entgegenstehenden Interessen des Rechtsadressaten bestimmt.

Spätestens hier wird die Parallele zur allgemeinen Handlungsfreiheit deutlich. Das BVerfG interpretiert die in Art. 2 Abs.1 GG gewährleistete freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne eines "Jeder kann tun und lassen, was er will". Geschützt ist nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung⁵⁴, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt⁵⁵. Konsequenz ist die Möglichkeit des Bürgers, jede freiheitsbeschränkende staatliche Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen. Der Lückenlosigkeit des grundrechtlichen Freiheitsschutzes entspricht somit die Lückenlosigkeit der gerichtlichen Kontrolle freiheitseinschränkender Maßnahmen⁵⁶. Der weite des Schutzbereichs entspricht der Umfang

⁵⁰ RGRK-Dunz, BGB, § 823 Anh. I Rn 10.

⁵¹ Palandt-Thomas, BGB, § 823 Rn 184.

⁵² Vgl. Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112, 112.

⁵³ So auch BVerfG NJW 1989, 891, 891.

⁵⁴ So wie namentlich von der "Persönlichkeitskerntheorie" gefordert. Nachweise bei Dreier-Dreier, Art. 2 Rn 21.

⁵⁵ BVerfGE 6, 32, 36 – Elfes; BVerfGE 80, 127, 152 – Reiten im Walde; BVerfGE 90, 145, 171 – Cannabis.

⁵⁶ Sachs-Murswiek, GG, Art. 2 Rn 56, der von der Lückenlosigkeit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle spricht. Die einfache Gerichtsbarkeit ist aber einzubeziehen: Im Verwaltungsprozess ist

der Einschränkungsmöglichkeiten. Deutlicher als bei speziellen Freiheitsgrundrechten ergibt sich der effektive Garantiebereich⁵⁷ aus dem was nach der Rechtfertigungsprüfung als Tätigkeit übrig bleibt, die nicht verboten werden darf. Zentrale materielle Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu. Der wiederum eine Abwägung der beeinträchtigten Rechtspositionen darstellt⁵⁸.

Eben dieses Vorgehen findet sich auch bei der Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Indem dieses Recht aus Art. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs.1 GG hergeleitet wird, greifen die gleichen Einschränkungsmöglichkeiten wie sie auch für die allgemeine Handlungsfreiheit gelten⁵⁹. Entsprechend naheliegend ist es, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als umfassendes Auffanggrundrecht zu verstehen, das jedwedes Persönlichkeitsinteresse schützt. Die einzelfallbezogene Interessenabwägung, von deren Ergebnis es abhängt, ob die geschützten Interessen des Rechtsträgers zur Durchsetzung gelangen, stellt so gesehen nichts anderes dar als die Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Grundrechtseingriffs.

Daraus folgt jedoch nicht, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit der allgemeinen Handlungsfreiheit identisch ist. Vielmehr ist es so, dass sich in den Fällen, in denen das allgemeine Persönlichkeitsrecht zur Anwendung kommt, sich der eingreifende Grundrechtsträger auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen kann, während der sich dagegen wehrende Grundrechtsträger Schutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht sucht. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist das "aktive" Element der Persönlichkeitsentfaltung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dagegen ist als "passives" Gegenstück auf eine Persönlichkeitssphäre gerichtet, in die sich der Einzelne zurückziehen, Dritte ausschließen und bestimmen

die Klagebefugnis über § 42 Abs.2 VwGO bereits bei jedem auch nur möglichen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gegeben.

⁵⁷ Dreier-Dreier, GG, Vorb. Rn 49; Lübbe-Wolff, S. 26.

⁵⁸ Dreier-Dreier, GG, Art. 2 I Rn 60; Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit a.a.O., Vorb. Rn 91ff.

⁵⁹ BVerfGE 65, 1, 44; BVerfGE 78, 77, 85; BVerfGE 82, 192, 195; Maunz/Dürig-Di Fabio, GG, Art. 2 I Rn 133. Zum Teil wird angenommen, dass ein strengerer Maßstab gelten soll, vgl. Sachs-Murswiek, GG, Art. 2 Rn 103; Dreier-Dreier, GG, Art. 2 I Rn 59.

kann, was aus diesem Bereich nach außen hin offenbart wird⁶⁰. Als Recht der Sicherung der Privatsphäre und des sozialen Geltungsanspruchs dient es somit dem Schutz der Integrität der Persönlichkeit⁶¹.

3. Wirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Privatrecht

Wenn dem Zivilrichter bei der Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach hier vertretener Ansicht als Anspruchsgrundlage nicht die Ebene des einfachen Rechts zur Verfügung steht, sondern er auf verfassungsrechtlicher Grundlage argumentiert, so scheint dies auf einen Wiederbelebungsversuch der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hinzudeuten. Dem ist aber nicht so. Der hier unternommene Erklärungsversuch geht in eine andere Richtung.

a) Unmittelbare Drittwirkung

Die früher vom BAG und Teilen der Literatur vertretene Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung basiert auf der Annahme, dass zwar nicht alle aber eine Reihe bedeutender Grundrechte nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt seien, sondern Ordnungsgrundgrundsätze für das soziale Leben, die in einem aus dem jeweiligen Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Privatrechtsverkehr der Bürger untereinander hätten⁶². Zwar wurde nicht geleugnet, dass die Grundrechte historisch als subjektive Abwehrrechte gegenüber dem Staat entstanden seien, doch sei diese Sichtweise nicht mehr zeitgemäß. Es sei zu einem Bedeutungswandel gekommen, der eine Ausdehnung der Funktion der Grundrechte gegen alle Gefährdungen des einzelnen verlange, ob sie nun vom Staat oder von Dritten herrührten⁶³. Die praktische Wirkung dieser Ansicht besteht etwa darin, dass die Grundrechte als "sonstige Rechte" im Sinne des § 823 Abs.1 GG bei schuldhafter Verletzung Schadenersatzansprüche, bei objektiver rechtswidriger Verletzung oder drohenden weiteren Ein-

⁶⁰ Maunz/Dürig-Di Fabio, GG, Art. 2 I Rn 128.

⁶¹ Sachs-Murswiek, GG, Art. 2 Rn 59ff; Dreier-Dreier, GG, Art. 2 I Rn 50.

⁶² BAGE 1, 185 (193); weitere Nachweise bei Isensee/Kirchhof-Rüfner, HStR V, § 117 Rn 56.

griffen Abwehr- und Unterlassungsansprüche nach sich ziehen. Außerdem können sie auch ohne jegliche Vermittlung durch bestehende Zivilrechtsnormen Anspruchsgrundlage sein und auch als Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB wirken⁶⁴. Hieran knüpft das Hauptargument gegen die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung an. Sie führe zur Zerstörung der Privatautonomie, da das Eingehen zivilrechtlicher Verpflichtungen zumeist mit einer Verfügung über grundrechtlich geschützte Positionen verbunden sei und sich demnach ein Vertragspartner unter Berufung auf die Grundrechte von der eingegangenen Verpflichtung lösen könne. Besonders deutlich wird dieser Konflikt zwischen unmittelbarer Grundrechtswirkung und Privatautonomie, wenn ein zwischen Privaten geschlossener Vertrag eine - unter Vertragsfreiheitsgesichtspunkten völlig unproblematische - Ungleichbehandlung beinhaltet, die aber einen Verstoß gegen Art. 3 GG darstellt⁶⁵. Selbst wenn die Vertreter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung für diese Fälle eine Abwägung der Grundrechte der Beteiligten vorschlagen, würde dem Richter die Aufgabe der Abgrenzung der Grundrechtssphären zufallen, was die Gefahr mit sich brächte, dass die Grundrechte im juristischen Alltag des Rechtsverkehrs verschlissen würden⁶⁶.

b) Mittelbare Drittwirkung

Das BVerfG⁶⁷ und die herrschende Lehre⁶⁸ gehen daher nur von einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus. Danach können Grundrechte privatrechtliche Streitigkeiten nicht selbst - eben unmittelbar - entscheiden, sondern Normen des Zivilrechts, insbesondere Generalklauseln, die wertausfüllungsfähig und –

⁶³ *Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, 445, 447.

⁶⁴ *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 76 II 1, S. 1539.

⁶⁵ Maunz/Dürig-Dürig, GG, Art. 1 Rn 128ff.; für eine unmittelbare Drittwirkung von Art.3 Abs.2 und Abs.3 GG im Privatrecht *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 235ff.

⁶⁶ *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 76 III 2, S. 1553, 1555.

⁶⁷ BVerfGE 7, 198, 205 – Lüth; BVerfGE 25, 256, 263 – Blinkfüer; weitere Nachweise bei v.Münch/Kunig-v.Münch, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 31.

⁶⁸ Etwa *Pieroth/Schlinck*, Staatsrecht II, Rn 181ff.; *Hesse*, Grundzüge, Rn 354ff.; *Jarass/Pieroth-Jarass*, GG, Vorb. vor Art.1 Rn 15; v.Münch/Kunig-v.Münch, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 31ff; *Sachs-Sachs*, GG, Vor. Art.1 Rn 32.

bedürftig sind, fungieren als "Einbruchstellen" der Grundrechte. Auch diese Ansicht beschränkt die Grundrechte nicht auf ihre gegen den Staat gerichtete Abwehrfunktion, sondern erkennt in ihnen eine objektive Wertordnung, gegen die auch das bürgerliche Recht nicht verstoßen dürfe. Zugleich soll aber die Eigenständigkeit der Privatrechtsordnung gewahrt bleiben⁶⁹ und deutlich gemacht werden, dass die Abgrenzung der Grundrechtssphären Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters ist⁷⁰.

c) Schutzpflichten

Über die mittelbare Drittwirkung hinausgehend ist in Rechtsprechung und Lehre mittlerweile eine weitere Grundrechtsfunktion anerkannt, die auch das Dreiecksverhältnis Bürger-Bürger-Staat zur Grundlage hat. Bereits die Figur der mittelbaren Drittwirkung zwingt die Staatsgewalt zu aktivem Grundrechtsschutz, indem bei Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts die durch die Grundrechte geschaffene objektive Wertordnung einzuhalten ist. Erstmals mit dem Urteil zur Fristenlösung⁷¹ hat das BVerfG aber zudem eine objektiv-rechtliche Pflicht sämtlicher Staatsgewalt zum Schutz der Grundrechte statuiert. Unmittelbar aus Art.2 Abs.2 S.1 GG lasse sich die Pflicht des Staates ableiten, jedes menschliche Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Darüber hinaus ergebe sich die Schutzpflicht aus der Vorschrift des Art.1 Abs.1 S.2 GG⁷².

Zunächst in der Schleyer-Entscheidung⁷³ wiederholt, ist der Begründungsansatz über die Menschenwürde in späteren Entscheidungen fallengelassen worden. Statt dessen wird allgemeiner auf die objektive Wertordnung bzw. den objektiv-rechtlichen Gehalt der Schutzpflicht rekuriert⁷⁴. Zwar beziehen sich sämtliche Leitentscheidungen des BVerfG zu den Schutzpflichten im wesentlichen auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, doch geht das Schrifttum ganz

⁶⁹ Maunz/Dürig-Dürig, GG, Art. 1 Rn 132.

⁷⁰ Hesse, Grundzüge, Rn 355.

⁷¹ BVerfGE 39, 1.

⁷² BVerfGE 39, 1, 41 - Fristenlösung.

⁷³ BVerfGE 46, 160, 164f - Schleyer.

überwiegend von einer Geltung für alle Freiheitsgrundrechte aus⁷⁵. Der Anwendungsbereich des Art.2 Abs.2 GG wird sogar als atypisch bezeichnet⁷⁶ und verdeckelt die grundsätzliche Bedeutung der Schutzpflichtenkonstruktion. Es sei nur deshalb ein besonders evidenter Fall, weil das Schutzgut physischer Natur sei. Es handele sich aber um einen allgemeinen Grundsatz, der als besonderer objektiv-rechtlicher Gehalt aus den Grundrechtsbestimmungen selbst abgeleitet werden kann und über Art.1 Abs.3 GG für alle Staatsgewalt verbindlich ist⁷⁷. Ein anderer Ansatz stellt die Schutzpflicht auf eine außergrundrechtliche Basis und leitet sie aus der Staatsaufgabe "Sicherheit" ab, d.h. die Aufgabe, den anarchischen Zustand allseitiger Gefährdetheit der Individuen durch allgemeine Sicherheit abzulösen⁷⁸.

Ausgelöst wird die Schutzpflicht durch den Eingriff eines Privaten in ein grundrechtliches Schutzgut. Die Wirkung der Schutzpflicht ist dann, dass die Staatsgewalt den Übergriff des einen Privaten auf den anderen Privaten abzuwehren hat. Dies stets entsprechend dem objektiven Schutzbedarf, aber unter dem Vorbehalt des faktisch und verfassungsrechtlich Möglichen und im Bewußtsein, dass es absoluten Schutz nicht geben kann⁷⁹.

In erster Linie ist der Gesetzgeber Adressat der Schutzpflichten, denen er durch Schaffung von Normen nachkommt, die einen ausreichenden Mindestschutz bieten. Im Zivilrecht wird die Schutzfunktion insbesondere in den Normen des Deliktsrechts offenbar (§§ 823ff. BGB, aber auch §§ 858ff BGB, §§ 906ff. BGB oder § 1004 BGB). Ein Teil des Schrifttums will es dabei belassen und sieht die Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht im System des Privatrechts ausschließlich durch das Deliktsrecht und deliktsähnliche Normen gewährleistet⁸⁰. Weitergehend ist die Auffassung, dass die Schutzpflicht des Staates auch dazu

⁷⁴ BVerfGE 53, 30, 57 – Mühlheim-Kärlich; BVerfGE 56, 54, 73 - Fluglärm.

⁷⁵ Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 86; Sachs-Sachs, GG, Vor. Art.1 Rn 35; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 IV 5, S. 943f.

⁷⁶ Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 86.

⁷⁷ v.Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG Art.1 Rn 159; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 IV 5, S. 948.

⁷⁸ Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 83.

⁷⁹ Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 90; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 IV 6, S. 952f.

⁸⁰ Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 128ff.

dienen kann, die Grenzen rechtsgeschäftlichen Handelns zu bestimmen⁸¹. Diesen Weg hat auch das BVerfG in der Handelsvertreter-Entscheidung⁸² und im Urteil zum Nachtarbeitsverbot⁸³ verfolgt.

Kommt der Gesetzgeber der, seiner grundrechtlichen Schutzpflicht entspringenden, Normsetzungspflicht nicht oder in nicht ausreichendem Maße nach, sind Exekutive und Judikative zur Realisierung des Grundrechtsschutzes verpflichtet⁸⁴. *Stern* meint, der Rechtsprechung falle sogar die Hauptlast für die Verwirklichung der Schutzpflichten zu, da der Gesetzgeber bisher nur ungenügende Detailarbeit bei der Konkretisierung der Schutzpflichten geleistet habe⁸⁵. Prima facie steht eine solche gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung im Widerspruch zu der im Grundgesetz festgelegten Gesetzesbindung des Richters (Art.97 Abs.1 GG), die wiederum Ausdruck des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips ist. Sofern der zu entscheidende Fall gesetzlich geregelt ist, kommt allein dem BVerfG eine Normverwerfungskompetenz zu. Die Fachgerichte müssen ein für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz gemäß Art.100 Abs.1 GG dem BVerfG vorlegen⁸⁶. Das gilt zum einen, wenn das Gesetz positiv für die betreffende Fallkonstellation eine bestimmte Rechtsfolgenanordnung trifft, als auch wenn das Gesetz abschließenden Charakter hat und somit ersichtlich bei Nichtvorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen ein Anspruch auch nicht gegeben sein soll. Nur bei völligem Untätigbleiben des Gesetzgebers scheidet eine Vorlage nach Art.100 Abs.1 GG mangels Vorlagegegenstand aus⁸⁷. Ansonsten sind die Fachgerichte nur bei vor-

⁸¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 225ff., 231; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, *JUS* 1989, 161, 163.

⁸² BVerfGE 81, 242, 252ff.

⁸³ BVerfG, NJW 1992, 964, 966.

⁸⁴ BVerfGE 81, 242, 255f.; BVerfG, NJW 1991, 2411, 2411f.; *Jarass/Pieroth-Jarass*, GG, Vorb. vor Art.1 Rn 6; *Isensee/Kirchhof-Isensee*, HStR V, § 111 Rn 90, Rn 161; kritisch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Starck*, GG, Art.2 Rn 156.

⁸⁵ *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 IV 6, S. 951.

⁸⁶ Sofern grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen werden, kommt u.U. auch eine Vorabentscheidung nach § 92 II 2 BVerfGG in Betracht. Eine Erschöpfung des Rechtswegs ist dann nicht erforderlich.

⁸⁷ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn 801f.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn 596.

konstitutionellem Recht sowie bei untergesetzlichen Normen selbst zur Normverwerfung befugt⁸⁸. Aber auch das BVerfG kann eine fachgerichtlich behauptete Verfassungswidrigkeit an sich nur verbindlich feststellen und den Gesetzgeber unter Fristsetzung zur Behebung dieses Zustands anhalten⁸⁹. Was darüber hinausgeht ist richterliche Rechtsfortbildung und mit einer Reihe demokratietheoretischer Fragwürdigkeiten verbunden.

Das BVerfG sieht die traditionelle Gesetzesbindung des Richters durch Art.20 Abs.3 GG abgewandelt. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt könne unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitze und dem Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermöge. Dieses Korrektiv zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, sei Aufgabe der Rechtsprechung⁹⁰.

Zwei Gesichtspunkte sind dem entgegenzuhalten: das Gewaltenteilungsprinzip und der Vorbehalt des Gesetzes. Das Gewaltenteilungsprinzip sichert den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, der regelmäßig die Auswahl zwischen verschiedenen verfassungsgemäßen Regelungen hat. Nur wenn die vom Gericht geschöpfte Rechtsfolge die einzige verfassungsgemäße Regelung antizipiert, greift dieser Einwand nicht durch⁹¹. Allerdings weist das BVerfG zu Recht darauf hin, dass es dem Gesetzgeber selbst in diesem Fall weiterhin möglich bleibt, durch einen Akt der Gesetzgebung das Problem auf andere Weise zu entscheiden⁹².

Aber auch, wenn eine ganz bestimmte Rechtsfolge von Verfassungs wegen zwingend geboten erscheint oder der Gesetzgeber es pflichtwidrig versäumt, einen von der Verfassung erteilten Gesetzgebungsauftrag zu erfüllen und somit die verfassungswidrige Untätigkeit des Gesetzgebers unter diesen Umständen die "anderweitige Verwirklichung des Verfassungswillens"⁹³ gebietet, bleibt der Einwand

⁸⁸ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 769f.; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn 589ff.

⁸⁹ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn 640.

⁹⁰ BVerfGE 34, 269, 286f.

⁹¹ So auch Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118, 122.

⁹² BVerfGE 19, 166, 177.

⁹³ BVerfGE 25, 167, 180.

des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts. Der Vorbehalt des Gesetzes ist immer dann zu beachten, wenn der Staat in die grundrechtliche Freiheitssphäre eines Bürgers eingreift⁹⁴. Das ist aber bei der Schutzpflichtenkonstellation stets der Fall. Die Erfüllung der Schutzpflicht zugunsten des einen Grundrechtsträgers wird durch einen Eingriff in die Grundrechtsposition des anderen erkaufte. So gesehen wäre die Schutzpflicht als unmittelbarer Eingriffstitel wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt generell abzulehnen. Dass dieser Einwand nicht bloß formalistischer Natur ist, ergibt sich daraus, dass sich der Vorbehalt des Gesetzes nicht allein in förmlicher Sicherung der Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen erschöpft. Wenn das Grundgesetz die Einschränkung von grundrechtlichen Freiheiten und den Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten dem Parlament vorbehält, will es damit zugleich sicherstellen, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten. Zugleich soll die Volksvertretung angehalten werden, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären⁹⁵. Das Gericht, das unter Hinweis auf den Gesetzesvorbehalt einen Schutzanspruch unmittelbar aus Verfassungsrecht ablehnt, verletzt daher auch nicht eine an es selbst gerichtete Schutzpflicht. Ist Schutz ohne eine Beschränkung der Freiheitsrechte anderer nicht möglich, so schuldet diesen Schutz eben nur die Instanz, die ihn im Rahmen ihrer Möglichkeiten bieten kann: der Gesetzgeber durch Eingriffsgesetze⁹⁶. Das BVerfG hat sich über diese grundsätzlichen Erwägungen mehrfach hinweggesetzt. So eben bei der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Zubilligung von Geldentschädigung bei dessen Verletzung⁹⁷. Dem Richterrecht wurde hier sogar ausdrücklich der Status eines "allgemeinen Gesetzes" im Sinne von Art.5 Abs.1 S.2 GG zuerkannt⁹⁸.

⁹⁴ Sachs-Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn 105; Isensee/Kirchhof-Isensee, HStR V, § 111 Rn 70.

⁹⁵ BVerfGE 85, 386, 403ff.

⁹⁶ Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553, 559.

⁹⁷ BVerfGE 34, 269, 280ff. – Soraya.

⁹⁸ BVerfGE 34, 269, 282.

d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Realisierung von Schutzpflichten durch die Justiz

Zur dogmatischen Fundierung der derzeitigen Handhabung der Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gereicht, trotz der oben vorgebrachten grundsätzlichen Einwände, nur die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Im Gegensatz zur Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung läßt sie an der Staatsgerichtetheit der Grundrechte keine Zweifel und betont zugleich den Ausnahmecharakter der Herleitung von Rechtsfolgen unmittelbar aus den Grundrechten.

In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH nunmehr ausdrücklich deutlich gemacht, dass er den Entschädigungsanspruch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Ausdruck des grundrechtlichen Schutzauftrags aus Art.1 und 2 Abs.1 GG versteht⁹⁹. Auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht selbst sollte dieser Auffassung gefolgt werden. Sie ist dogmatisch klar und benötigt nicht die - wohl letztlich von der Lehre der mittelbaren Drittwirkung geforderte - Hilfskonstruktion eines "zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts". Insbesondere wird auf diese Weise auch die Fragwürdigkeit des Untätigbleibens des Gesetzgebers nicht aus dem Bewusstsein verdrängt. Denn die oben dargelegten Bedenken gegen nicht einfachgesetzlich vermittelte Eingriffe unmittelbar aus den Grundrechten können dann nicht mit der Behauptung einer zwar nicht kodifizierten aber dennoch als vorhanden propagierten "einfachgesetzlichen Ebene" des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgetan werden.

4. Besondere Persönlichkeitsrechte als einfachrechtliche Konkretisierung von Schutzpflichten

Wer das allgemeine Persönlichkeitsrecht allein auf verfassungsrechtlicher Ebene einstuft, für den ist die im zivilrechtlichen Schrifttum eingehend geführte Diskussion um das Verhältnis von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und den besonderen

⁹⁹ BGHZ 128, 1, 15.

Persönlichkeitsrechten¹⁰⁰ obsolet. Bedeutung gewinnt der Streit über der Frage, wie sich der bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannte Geldentschädigungsanspruch auf die besonderen Persönlichkeitsrechte erstrecken kann. Ohne zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen, wird die Rechtsprechung des BGH daraufhin untersucht, ob allgemeines und besonderes Persönlichkeitsrecht im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen oder ob ein Fall von Idealkonkurrenz vorliegt¹⁰¹. Folgt der Entschädigungsanspruch aus der mit einer Verletzung des besonderen Persönlichkeitsrechts automatisch einhergehenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder besteht eine "limitierte und indizierende Spezialität"¹⁰² des besonderen Persönlichkeitsrechts hinsichtlich des Tatbestands und erstrecken sich dann nur die Rechtsfolgen des allgemeinen auf das besondere Persönlichkeitsrecht?

Nach hier vertretener Auffassung ist die Antwort eindeutig. Die Kategorien der Spezialität und Idealkonkurrenz können hier nicht zur Anwendung gelangen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist Verfassungsrecht, die besonderen Persönlichkeitsrechte sind dagegen einfachgesetzlich kodifiziert. Überschneidungen sind bei Recht unterschiedlicher Ebenen der Normenhierarchie aber prinzipiell ausgeschlossen.

B. Kriterien für die Anerkennung besonderer Persönlichkeitsrechte

Die bisher erfolgte Horizontsichtung hat zwei Positionsoptionen im Recht des Persönlichkeitsschutzes eröffnet: Die Ebene des übergeordneten Verfassungsrechts – auf der sich entgegen der herrschenden Meinung im zivilrechtlichen Schrifttum das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" befindet – und diejenige des einfachen Rechts. Dieser zuletzt genannten Ebene ist der bereits mehrfach verwende-

¹⁰⁰ Eingehend etwa *Helle*, S. 27ff.; *Baston-Vogt*, S. 104ff.

¹⁰¹ *Helle*, S. 27ff.

¹⁰² So *Helle*, S. 41.

te Begriff der "besonderen Persönlichkeitsrechte" zuzuordnen. Die einfachrechtliche Ebene bedeutet aber zugleich eine Realisierung und Konkretisierung der übergeordneten verfassungsrechtlichen Ebene.

I. Zweck der Begriffsbildung "besondere Persönlichkeitsrechte"

Die Einführung zusätzlicher Begriffe ist immer rechtfertigungsbedürftig, weil die Bezeichnung des Gleichen mit unterschiedlichen Worten der Klarheit und Eindeutigkeit wissenschaftlicher Sprache abträglich ist. In diesem Sinne wendet sich eine Ansicht gänzlich gegen die Verwendung des Begriffs "besondere Persönlichkeitsrechte"¹⁰³. Die so bezeichneten besonderen Persönlichkeitsrechte seien nicht Teile, sondern nur die Seiten des einheitlichen Rechtsguts "Persönlichkeit" und könnten daher von diesem nicht getrennt werden. Die Auffächerung des Persönlichkeitsrechts sei mithin nur eine Hilfsvorstellung des Geistes, deren Umsetzung in die rechtliche Seinswirklichkeit ein Fehler sei¹⁰⁴. Da besondere Persönlichkeitsrechte keine über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehenden Tatbestandsmerkmale beinhalten, sei die Verletzung eines besonderen Persönlichkeitsrechts notwendiges Durchgangsstadium für die Schädigung des allgemeinen. Ein Spezialitätsverhältnis zwischen besonderen Persönlichkeitsrechten und allgemeinem Persönlichkeitsrecht scheitere deshalb¹⁰⁵. Ebenso wenig wie von dem Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses könne aber von einer Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber dem jeweiligen besonderen Persönlichkeitsrecht ausgegangen werden. Hierzu bedürfe es eines entsprechenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesetzesbefehls. Im gesamten bürgerlichrechtlichen Anspruchssystem gäbe es aber keine Bestimmung, die nur für das besondere, nicht aber für das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinsichtlich einer Verletzungshandlung Rechtsfolgen bereit halte, wenn ihr Tatbestand – was regel-

¹⁰³ Wronka, Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den sogenannten besonderen Persönlichkeitsrechten, UFITA Bd. 69 (1973), 71ff.

¹⁰⁴ Wronka, a.a.O., 77.

mäßig der Fall sei – durch die Verletzung des allgemeinen wie des besonderen Persönlichkeitsrechts erfüllt sei. Bei Tatbestands- und Rechtsfolgenidentität bestehe aber keine Subsidiarität¹⁰⁶.

Zuzugestehen ist dieser Auffassung, dass sie mit zivilrechtlichen Argumenten die Schwierigkeit der Annahme besonderer Persönlichkeitsrechte *neben* einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erkennt. Die Schlussfolgerung ist jedoch rein zivilistischem Denken verhaftet und verkennt die hier vorgeschlagene Lösung unterschiedlicher Stufen der Normenhierarchie. Der überwiegenden Meinung im zivilrechtlichen Schrifttum bleibt als Gegenargument in der Tat nur der Verweis, dass es leichter ist, den Blick auf ein Detail zu fokussieren als immer das Ganze im Auge zu behalten. Während dieser Ansicht der Begriff der besonderen Persönlichkeitsrechte nur eine Konkretisierung bedeutet, bezeichnet er nach hier vertretener Auffassung tatsächlich etwas anderes und ist auf diese Weise auch gerechtfertigt.

II. Bisherige Handhabung des Begriffs "besondere Persönlichkeitsrechte"

Abgesehen von Notwendigkeit und Zulässigkeit der Verwendung des Begriffs "besondere Persönlichkeitsrechte", herrscht auch Uneinigkeit über dessen Inhalt. Zumeist wird er zur Bezeichnung einer Reihe von persönlichen Interessen benutzt, ohne allerdings eine Definition der zugrunde gelegten Kriterien anzuführen. Es verwundert daher nicht, neben dem Recht am eigenen Namen¹⁰⁷, dem Recht am eigenen Bild¹⁰⁸ und dem Urheberpersönlichkeitsrecht¹⁰⁹, über deren Zuordnung zu den besonderen Persönlichkeitsrechten weitgehend Einigkeit herrscht,

¹⁰⁵ Wronka, a.a.O., 82f.

¹⁰⁶ Wronka, a.a.O., 84f.

¹⁰⁷ § 12 BGB.

¹⁰⁸ §§ 22ff. KUG.

¹⁰⁹ § 12–14 UrhG.

auch das Recht am gesprochenen und geschriebenen Wort¹¹⁰, das Recht auf Identität¹¹¹ oder die Ehre¹¹² zu finden.

Der bisher einzige nicht nur beiläufige Definitionsversuch erfolgte durch *Helle*. Das Besondere der besonderen Persönlichkeitsrechte bestimmt sich danach über folgende Kriterien: 1. Der materielle Gehalt des Rechts muss auf den *Schutz der Persönlichkeit* gerichtet sein. Dieser bildet aber bloß das gesetzgeberische Motiv, ohne konkretes Tatbestandselement zu sein¹¹³. 2. Es muss sich um eine *gesetzliche Regelung* handeln¹¹⁴. 3. Der *Tatbestand* muss *fest umschrieben* sein, so dass dessen Verwirklichung die Rechtswidrigkeit indiziert¹¹⁵. 4. Es kommen nur solche Schutzpositionen in Betracht, die als *subjektives Recht* zu qualifizieren sind und nicht nur als geschützte Rechtsgüter¹¹⁶. 5. Es muss ein *Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht* dergestalt bestehen, dass die Tatbestandserfüllung beim besonderen Persönlichkeitsrecht zugleich eine Verletzung des Tatbestands des allgemeinen Persönlichkeitsrechts indiziert¹¹⁷.

Obwohl dieser Kriterienkatalog auf den ersten Blick eindeutige Voraussetzungen für die Anerkennung besonderer Persönlichkeitsrechte enthält, schafft er doch nur scheinbar Klarheit. *Helle* räumt auch selbst ein, sich im Verlaufe seiner Darstellung persönlichkeitsrechtlicher Schutzpositionen nicht konsequent nach dem von ihm vorgeschlagenen Begriff des besonderen Persönlichkeitsrechts zu richten¹¹⁸. Insbesondere sind die genannten Kriterien vier und fünf schwer zu fassen. Der Begriff des subjektiven Rechts (Kriterium Nr.4) ist nicht leicht eingrenzbar und zudem ohnehin streitig¹¹⁹. Der "Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht" (Kriterium Nr.5) hat offenbar allein den Sinn, eine Rechtsfolgenerstre-

¹¹⁰ *Helle*, S. 229ff.

¹¹¹ *Ulrich*, S. 29.

¹¹² RGRK-Dunz, BGB, § 823 Anh. I Rn 44.

¹¹³ *Helle*, S. 37f.

¹¹⁴ *Helle*, S. 38.

¹¹⁵ *Helle*, S. 38f.

¹¹⁶ *Helle*, S. 39f.

¹¹⁷ *Helle*, S. 40f.

¹¹⁸ *Helle*, S. 42.

¹¹⁹ Hierzu näher *Larenz*, AT, § 13 S. 209ff.

ckung herbeizuführen. Eine dogmatisch stichhaltige Erläuterung bleibt *Helle* jedoch schuldig¹²⁰.

III. Eigener Ansatz

Das Recht schafft nicht die Welt, sondern die Welt das Recht. Reale oder zumindest in der verallgemeinerten Vorstellung der Menschen existierende Unterschiede sind die Ursache für Unterschiede im Recht. Das Besondere der besonderen Persönlichkeitsrechte ist daher im Konkreten zu suchen.

1. Entäußerungen der Persönlichkeit

Dem menschlichen Geist fällt es am leichtesten, Dinge zu beschreiben, die der materiellen, gegenständlich faßbaren Welt angehören. Dinge also, die er greifen und mit den Augen sehen kann. Die Vorstellung einer Herrschaftsbeziehung zwischen einem solchen Objekt und einer Person, bereitet daher den wenigsten Menschen Probleme. Verletzungen dieser Herrschaftsbeziehung sind daran zu erkennen, dass eine andere Person die Sache benutzt oder ihr eine - wiederum sichtbare - Substanzverletzung zufügt. Aus diesem Grund befasste sich das (Delikts-)Recht zunächst auch nur mit dem Schutz der dinglichen Welt. Sichtbar ist dieser Aspekt noch heute an der Aufzählung der Schutzgüter des § 823 Abs.1 BGB (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum). Der Schutz des Unkörperlichen erfordert dagegen eine Abstraktionsleistung. Die Schwierigkeit der Vorstellung des Abstrakten zeigt sich in der Schwierigkeit der verbalen Umschreibung. Unser entwickeltes Rechtssystem hat dennoch schon früh auch den Schutz immaterieller Interessen gewährleistet. Patent-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrecht beziehen sich auf immaterielle Aspekte, die sich nicht an einem körperlichen Träger fixieren lassen. Sie zählen daher auch zu den klassischen Immaterialgüterrechten. Die Funktion des Rechts besteht nun darin zwischen einer Person und dem

¹²⁰ *Helle* geht im Verlauf seiner Abhandlung auch nicht weiter auf dieses Kriterium ein. Interessant

Schutzgut eine Beziehung herzustellen, die eine Herrschafts-, Verfügungs- und Abwehrbefugnis sichert. Voraussetzung jeder Normierung ist aber die Möglichkeit der exakten Beschreibung des Schutzguts. Und eine exakte Beschreibung bedeutet eine Verobjektivierung im wörtlichen Sinne. Schutzgut kann nur ein "Objekt" sein. Das immaterielle wird materialisiert. Nur so kann ein Tatbestand formuliert werden.

Natürlich ist auch die Normierung des Abstrakten möglich – aber nicht als Tatbestand, sondern als Interessenabwägung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat ein solches Abstraktum als Schutzgegenstand. Wer aber von besonderen Persönlichkeitsrechten spricht, muss Aspekte der Person ablösen und sie zu "Dingen" machen, die gedanklich so greifbar sind, wie Objekte der realen Welt. Es muss sich eben um Persönlichkeits"güter" handeln. In welchen Fällen diese Emanation das hinreichende Stadium erreicht hat, zeigt am einfachsten und zuverlässigsten die Analyse des Faktischen. Wird auf einen Persönlichkeitsaspekt unbefugt zugegriffen oder ist er Gegenstand von Handelsgeschäften, so besteht eine faktische Zugriffsmöglichkeit und mithin auch ein "Objektcharakter", der die Schaffung eines Tatbestandes ermöglicht.

Ähnlich hat bereits *Hubmann* argumentiert, wenn er als wesentliches Kriterium für die Frage der Veräußerlichkeit von Teilen des Persönlichkeitsrechts die Verkehrsfähigkeit des geschützten Gutes ansah: Ob ein realisierter Wert verkehrsfähig sei, hänge nicht von seinem inneren geistigen Gehalt ab, sondern von hinzutretenden äußeren Dingen, die zu verschiedenen Zeiten verschieden sein könnten. Hier spiele insbesondere die Entwicklung der Technik eine Rolle. So habe vor der Erfindung der Schrift ein Gedanke nicht marktfähig sein können. Was heute ein selbständiges Gut sein könne, sei früher nur im Zusammenhang mit der Persönlichkeit denkbar gewesen. Es sei daher anzunehmen, dass die künftige Entwick-

wäre die Darlegung eines Beispiels, das alle übrigen Kriterien erfüllt, letzteres aber nicht.

lung noch manchen Wert, der zur Zeit nur an der Persönlichkeit realisiert werden könne, abtrennbar und umlauffähig machen werde¹²¹.

2. Unlösbare Verbindung zur Persönlichkeit

Bei den klassischen Immaterialgüterrechten geht es um Ideen, um gedankliche Leistungen, deren Entäußerung von der Person vollständig ist, da sie auch ohne den "Schöpfer" in gleicher Qualität existieren können. Genauso wie das Eigentum. Die Beziehung wird nur durch das Recht aufrechterhalten. Bei den Persönlichkeitsrechten dagegen ist die Beziehung "von Natur" aus vorhanden und auch nicht zu beenden. Das Bildnis ist zwar von der abgebildeten Person ablösbar und übertragbar, es verliert aber niemals seine Verbindung zur abgebildeten Person. Denn es stellt immer die Person in einem bestimmten historischen Moment dar¹²². Es ist also immer nur ein Teil der mit einem solchen Gut in Zusammenhang stehenden Werte in ihm verkörpert, der Rest bleibt in der Persönlichkeit zurück. Dieser kann daher nicht mit dem verselbständigten Gut gleichgesetzt werden, sondern bleibt Bestandteil der Persönlichkeit¹²³.

Festzuhalten ist also bisher, dass besondere Persönlichkeitsrechte genau wie Immaterialgüterrechte ein immaterielles Schutzgut haben, das unabhängig von der Person faktisch verkehrsfähig ist. Im Unterschied zu den Immaterialgütern bleiben die Persönlichkeitsgüter aber nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich mit der Person verbunden. Das entscheidende Kriterium für die Annahme eines Persönlichkeits"gutes" ist die Verdichtung in der äußeren Welt, die eine Nutzung durch andere ermöglicht. Die Emanation im Realen vollzieht sich durch "Zeichen". Das kann Schrift sein, Bildpunkte, Schall oder sonstige Mittel, um "Abzüge" von der Person zu erstellen. Diese Kriterien treffen aber keineswegs auf sämtliche Bestandteile der Persönlichkeit zu, sondern nur auf einige wenige. Das Ansehen etwa oder das Charakterbild sind keine Kennzeichen, die sich andere aneignen kön-

¹²¹ Hubmann, S. 220f; auch 135f.

¹²² Pfeifer, S. 146.

¹²³ Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 221.

nen. Es sind keine Güter, sondern sie kennzeichnen einen Zustand. Als Persönlichkeitsgüter kommen insofern wohl lediglich das eigene Bild, der Name und das gesprochene und geschriebene Wort in Betracht. Die personenbezogenen Daten sind hier sogleich Gegenstand einer gesonderten Stellungnahme.

3. Tatbestand: Persönlichkeitsgut als Objekt der Selbstbestimmung

Von einem besonderen Persönlichkeitsrecht kann erst gesprochen werden, wenn die Konkretion der Persönlichkeit, das Persönlichkeitsgut, einfachrechtlich festgelegt ist. Ohne gesonderte Normierung sind die Schutzpositionen, die für besondere Persönlichkeitsrechte in Betracht kommen, nur auf verfassungsrechtlicher Ebene über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. Der Tatbestand umschreibt das Persönlichkeitsgut als Objekt, nicht als bloßes Interesse oder Zustand. Die Eingriffshandlung liegt in einer Nutzung, das heißt einer faktischen Zueignung des Persönlichkeitsgutes. Die einfachrechtliche Norm zielt mithin auf Abwehr der Fremdherrschaft über das Gut durch faktische Drittzueignung¹²⁴. Weil Schutzgut ein Objekt ist, lassen sich auch die abzuwehrenden Zueignungshandlungen typisieren. Beim Recht am eigenen Bild etwa ist die Eingriffshandlung vertypend durch die ungenehmigte Verbreitung des Bildnisses beschrieben. Bildnisse, die Privatpersonen gezielt herausstellen, dürfen nicht verbreitet werden. Im Unterschied hierzu kann der Schutz eines bloßen Persönlichkeitsinteresses, nicht vertypet werden. Die ehrverletzende Herabwürdigung einer Person kann nur durch eine genaue Beschreibung von Äußerung, Anlaß und Umfeld der Herabwürdigung als Verletzungshandlung erfasst werden¹²⁵.

C. Dispositionsmöglichkeiten über Persönlichkeitsrechte

¹²⁴ Zur Frage, ob (besondere) Persönlichkeitsrechte nur als Abwehrrechte aufzufassen sind oder auch als (eigentumsähnliche) Herrschaftsrechte, siehe unter Erster Teil, C. der vorliegenden Arbeit.

¹²⁵ Beispiel bei Pfeifer, S. 149f.

I. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte

Die wirtschaftliche Verwertung von Persönlichkeitsaspekten begann sobald die Menschheit die ersten "Stars" hervorbrachte. Julius Cäsar, Mozart, Napoleon - von allen wurde der Name, das Konterfei, das gesprochene und geschriebene Wort, das Charakterbild, Einzelheiten des Privatlebens - kurz: die Identität – verwendet, um daraus auf unterschiedlichste Weise Kapital zu schlagen. So widerfuhr auch es dem Grafen Zeppelin zu Beginn des 20. Jhrds., als ein Tabakwarenhersteller den Namen des Grafen und sein "Brustbild" für seine Produkte als Warenzeichen hatte eintragen lassen¹²⁶. Zur Begründung seiner hiergegen gerichteten Klage berief sich Graf Zeppelin darauf, er sei dadurch "moralisch geschädigt". Dementsprechend stützt das Reichsgericht seine Entscheidung auch darauf, dass es "einem fein fühlenden Menschen widerstrebt (...), wenn sein Name überhaupt mit gewissen Waren in Verbindung gebracht oder von übel beleumdeten Firmen benutzt wird¹²⁷. Zugleich betont das Urteil aber auch den Aspekt, dass die Eintragung ein Hindernis bilde, den Namen für sich selbst als Warenzeichen zu nutzen¹²⁸.

Damit zeigt bereits dieses frühe Urteil exemplarisch die enge Verquickung ideeller und wirtschaftlicher Interessen und wertet sie beide zugleich als schutzwürdig. Es ließe sich demnach erwarten, dass Rechtsprechung und Rechtslehre im folgenden die einheitliche Betrachtungsweise beibehielten. Ein kurzer historischer Überblick zeigt jedoch, dass aus verschiedenen Gründen die ökonomischen Aspekte der Persönlichkeitsrechte zeitweise in den Hintergrund gerieten.

1. Entwicklung in der Rechtsprechung

a) Ebene des Eingriffsrechtsguts

¹²⁶ RG Urt. v. 28.10.1910, RGZ 74, 308 – Graf Zeppelin.

¹²⁷ A.a.O. 311.

¹²⁸ A.a.O. 311.

In seiner grundlegenden Arbeit zur historischen Entstehung und Anerkennung der Persönlichkeitsrechte konnte *Simon*¹²⁹ nachweisen, dass mit dem Begriff der Persönlichkeitsrechte zunächst in erster Linie ökonomische Funktionen, insbesondere die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, verbunden wurden¹³⁰. Erst als sich der gewerbliche Rechtsschutz verselbständigt hatte – etwa im Urheber-, Wettbewerbs- und Warenzeichensrecht, rückten ideelle Gesichtspunkte in den Mittelpunkt. Möglicherweise ausgelöst durch die katastrophalen Ereignisse und Folgen des zweiten Weltkriegs und des Humanitätsverfalls während der nationalsozialistischen Herrschaft¹³¹ sowie veranlaßt durch den mit Fortschreiten der Technik erleichterten Eingriff in die Privatsphäre¹³² gründeten die Quellentscheidungen des BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf das in ökonomischen Kategorien nicht ausdrückbare, wirtschaftlich nicht bewertbare Gut der "geistig-seelischen" Persönlichkeit. So heißt es in der Herrenreiter-Entscheidung, dass über das allgemeine Persönlichkeitsrecht "jener innere Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des Einzelnen untersteht und dessen Verletzung rechtlich dadurch gekennzeichnet ist, dass in erster Linie sogenannte immaterielle Schäden, Schäden, die sich in einer Persönlichkeitsminderung ausdrücken", geschützt werden sollen¹³³. Viele Fallgestaltungen haben auch dazu verleitet, in den Urteilen eine Art "Gut-Böse-Schema" zu stilisieren, bei dem die hohen ideellen Werte des Verletzten dem bedenkenlosen materiellen Gewinnstreben des Verletzers gegenüber gestellt wurden¹³⁴. Neben den zahlreichen Fällen der Nutzung von Persönlichkeitsaspekten zu Werbemaßnahmen ohne Zustimmung des Betroffenen, findet sich dieses Argumentati-

¹²⁹ *Simon*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen, 1981.

¹³⁰ Hierzu auch: *Klippel*, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR 1982, 132, 154.

¹³¹ So *Forkel*, FS Neumayer, S. 238.

¹³² *Leisner*, FS Hubmann, S. 295, 302; *Larenz*, AT, § 8 II, S. 128.

¹³³ BGHZ 26, 349, 354 - Herrenreiter.

¹³⁴ Etwa BGHZ 30, 7, 12f. - Caterina Valente; siehe zu diesem Aspekt auch *Helle*, RabelsZ 1996, 454 Fn 34.

onsmuster auch in Entscheidungen zu Brief- und Telefonwerbung¹³⁵. In diesen Fällen ging es um die Abwehr einer ungewollten Kommerzialisierung der Persönlichkeit bzw. um die Abwehr von Kommerzstreben in der Persönlichkeitssphäre eines anderen. Dagegen hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung sich erst vergleichsweise spät mit der umgekehrten Fallgestaltung auseinanderzusetzen: der selbstbestimmten Eigenvermarktung¹³⁶. Hier traten nun die Schwierigkeiten zutage, die sich aus der disjunktiven Gegenüberstellung von materiellen und geistigen Gütern ergeben. Das Dogma von der Unübertragbarkeit¹³⁷ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie der besonderen Persönlichkeitsrechte kollidierte mit dem Bedürfnis, Dritten gegenüber die kommerzielle Nutzung von Persönlichkeitsaspekten mit der im Geschäftsverkehr erforderlichen Bindungswirkung zu gestatten und diesen Dritten ggf. auch die Wahrnehmung der Rechtsverfolgung zu übertragen. Dem Zwang des faktischen Bedürfnisses unterliegend, fand die Rechtsprechung in diesen Fällen zu pragmatischen Lösungen, ohne freilich zugleich der Wissenschaft die normative und dogmatische Grundierung zu liefern. So entschied das OLG Hamm ("Nena"), dass das durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Selbstbestimmungsrecht es dem einzelnen erlaube, die Verwendung seines Namens und Bildes durch Dritte von Bedingungen und somit auch von Entgeltzahlungen abhängig zu machen. Trotz der Unveräußerlichkeit und Unübertragbarkeit dieses Rechts könne sich der einzelne in Teilausschnitten seines Persönlichkeitsrechts Dritten gegenüber rechtlich verpflichten¹³⁸. In einem jüngeren Urteil sprach der BGH gar davon, dass die Möglichkeit der Vermarktung der Persönlichkeit etwa bekannter Sportler oder Künstler zu einem wichtigen, nicht mehr wegzudenkenden Faktor in der Produktentwicklung geworden sei. In einer solchen Situation werde der Schutz der Persönlichkeit durch die Anerken-

¹³⁵ BGH, Urt. v. 08.12.1994, Az. I ZR 189/92, GRUR 1995, 220, 220.

¹³⁶ BGH, Urt. v. 14.10.1986, GRUR 1987, 128 – Nena; BGHZ 119, 237 – Universitätssymbol.

¹³⁷ Dazu sogleich unten, Erster Teil, C, II, III.

¹³⁸ OLG Hamm, Urt. v. 13.05.1986, NJW-RR 1987, 232, 232 – Nena.

nung eines eigenständig vererblichen vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts eher gestärkt als geschwächt¹³⁹.

b) Ebene der Rechtsfolgen

So wie das Eingriffsrechtsgut im ideellen Bereich verortet wurde, bestimmte § 253 BGB für die Rechtsfolgenseite des Eingriffs den Ausschluss immateriellen Schadenersatzes - ganz im Sinne einer Trennung gegenständlicher und damit fassbarer Werte von nur ideellen Werten.

Schon früh erkannte die Rechtsprechung aber, dass das wirksamste Sanktionsmittel gegen Verletzungen der Persönlichkeitssphäre die Auferlegung von Geldleistungspflichten ist. Alternative Rechtsfolgen, wie die Ansprüche auf Widerruf, Unterlassung und Gegendarstellung wurden als unzureichend angesehen¹⁴⁰. Zunächst stützte der BGH den Geldersatz für Nichtvermögensschäden auf eine analoge Anwendung des § 847 Abs.1 BGB; später dann innerhalb des § 823 Abs.1 BGB direkt auf die grundgesetzliche Wertentscheidung der Art.1 und 2 GG¹⁴¹. Nicht jede schuldhafte Verletzung von Persönlichkeitsrechten ist allerdings ausreichend, um diesen Anspruch geltend zu machen. Voraussetzung ist das Vorliegen einer *schweren* Persönlichkeitsverletzung, die anhand einer Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls festzustellen ist, insbesondere dem Verschuldensgrad des Verletzers sowie Anlaß und Beweggrund¹⁴².

Die Anerkennung des wirtschaftlichen Gehalts der Persönlichkeitsrechte führte in einzelnen Fällen zur Rechtsfolge eines Bereicherungsausgleich für Eingriffe in persönlichkeitsrechtliche Befugnisse. Ziel ist die Abschöpfung einer beim Verletzer durch den eigenmächtigen Eingriff entstandenen Vermögensmehrung etwa durch die nichtkonsentiierte Verwendung eines Fotos zu Werbezwecken oder ein

¹³⁹ BGH, NJW 2000, 2195, 2198f. – Marlene Dietrich.

¹⁴⁰ BGHZ 26, 349, 356 - Herrenreiter; BGHZ 35, 363, 367 - Ginseng.

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 12.12.1995, NJW 1996, 985, 987 - Caroline von Monaco II.

¹⁴² Palandt-Thomas, BGB, § 823 Rn 200; Funkel, S. 116f.; ausführlich: Baston-Vogt, S. 154ff.

erfundenes Interview¹⁴³. Die Eingriffskondition setzt allerdings voraus, dass der durch den Eingriff erlangte Vermögensvorteil dem Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechts entspricht¹⁴⁴. An dieser Stelle setzt wieder gemäß der Trennung von Vermögens- und Persönlichkeitsrechten die Streitfrage an, ob der höchstpersönliche und unveräußerliche Charakter der Persönlichkeitsrechte die Annahme eines vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts ausschließt¹⁴⁵ oder ob sich dieser Zuweisungsgehalt bereits aus der Möglichkeit entgeltlicher Nutzung, also der "Marktgängigkeit" ergibt¹⁴⁶. Die Rechtsprechung geht einen Mittelweg und fordert, dass der Verletzte zu einer kommerziellen Verwertung des Persönlichkeitselements in der Lage und auch bereit gewesen sein muss¹⁴⁷.

2. Entwicklung in der Rechtslehre

Als prägend für die sich daraufhin durchsetzende Trennung zwischen Persönlichkeitsrechten und Immaterialgüterrechten gilt *Otto v. Gierke* - neben *Karl Gareis* und *Josef Kohler* einer der Väter des Persönlichkeitsrechts. Er sah als dessen Inhalt die nicht-geldwerten Güter an, das heißt die ideellen Interessen, während die übrigen Rechte sich auf Vermögenswerte, auf materielle Interessen erstrecken sollten¹⁴⁸. Allerdings erkennt er unter Hinweis auf den Künstler, der sein Werk schließlich auch deshalb erschaffe, damit er davon leben könne, bereits an, dass Persönlichkeitsrechte einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufnehmen können¹⁴⁹. Dennoch versucht er, den Inhalt des Persönlichkeitsrechts gerade dadurch abzugrenzen, dass er den ideellen Interessen die materiellen

¹⁴³ BGHZ 20, 345, 355 - Paul Dahlke; BGHZ 81, 75, 81 - Carrera (für das allgemeine Persönlichkeitsrecht); BGH NJW 1992, 2048, 2085 - Joachim Fuchsberger.

¹⁴⁴ Palandt-Sprau, BGB, § 812 Rn 93; MüKo-Lieb, § 812 Rn 1953.

¹⁴⁵ Näher zu dieser Streitfrage mit weiteren Nachweisen, *Funkel*, S. 168ff.

¹⁴⁶ In diesem Sinne etwa *Götting*, S. 54f.

¹⁴⁷ Vgl. die oben genannten Entscheidungen. Kritik bei *Schwerdtmer*, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JUS 1978, 289, 294; *Ullmann*, Persönlichkeitsrechte in Lizenz?, AfP 1999, 209, 212ff.

¹⁴⁸ *Gierke*, S. 706.

¹⁴⁹ *Gierke*, S. 759.

Interessen der Person gegenüber stellt¹⁵⁰. Im folgenden verfestigte sich die Auffassung, dass Persönlichkeitsaspekte prinzipiell keine Güterzuweisung darstellten. Sie werden als subjektive Rechte angesehen, die den Anspruch auf Achtung der Würde des Menschen als sittlicher Person gegen Dritte zum Inhalt haben, nicht aber die Berechtigung an einem vermögensrechtlich nutzbaren Gegenstand¹⁵¹. *Raiser* betont, dass es sich beim Persönlichkeitsrecht nicht um ein *Recht an der eigenen Person* im Sinne eines Herrschaftsobjekts handele, sondern um die Personenhaftigkeit selbst, um ihre Bestätigung als geistig-sittliches Wesen in der Gemeinschaft. Das Recht habe hier demnach die Aufgabe, durch Abwehr- und Schadenersatzansprüche die Achtung vor der Person in ihrem Eigenwert zu erzwingen¹⁵². Die Schaffung von Persönlichkeitsnutzungsrechten wurde damals ausdrücklich abgelehnt¹⁵³.

Die Auffassung, Persönlichkeitsrechte schützten ausschließlich den privaten Lebensbereich, nicht den wirtschaftlichen, etablierte sich derart, dass sich *Fikentscher* veranlaßt sah, ein "wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht" zu entwickeln, welches das Recht am Gewerbebetrieb einschließen und zudem auch Nichtunternehmer, namentlich Kunden und Verbraucher, schützten solle¹⁵⁴.

Mit dem Aufkommen des sogenannten "Personenmerchandising" konnte die Auffassung von den Persönlichkeitsrechten als reinen Abwehrrechten gegen Eingriffe Dritter in die geistig-seelische Sphäre eines anderen nicht mehr aufrechterhalten werden. Vielmehr sah man sich konfrontiert mit Menschen, die jeden denkbaren Persönlichkeitsbestandteil der Vermarktung zuführen wollten¹⁵⁵. Diese Fallgestal-

¹⁵⁰ *Gierke*, S. 706f.

¹⁵¹ *Mestmäcker*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521, 525.

¹⁵² *Raiser*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom subjektiven Recht, JZ 1961, 465, 471.

¹⁵³ *Schwerdtner*, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JUS 1978, 289, 295.

¹⁵⁴ *Fikentscher*, S. 112f., S. 131ff.; ihm nachfolgend *Lehmann*, S. 255ff.

¹⁵⁵ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 14.10.1986, JZ 1987, 158 - Nena; OLG Hamburg, Urt. v. 08.05.1989, GRUR 1989, 666 - Heinz Erhardt-Stimme; weitere Beispiele bei *Helle*, RabelsZ 1996, 448, 460 Fn 61. *Freitag*, S. 43 Fn 75, zitiert als gängige Formulierung in Tonträgerproduktionsverträgen: "...zu Werbezwecken jeglicher Art für Ton- und/oder Bild-Tonträger den Namen des Künstlers zu verwenden, biographisches Material und Abbildungen des Künstlers zu veröffentlichen und zu verbreiten..., ...Namen, Abbildungen und sonstige werbewirksame Kennzeichen zu weitergehen-

tungen veranlassten eine breite Auseinandersetzung über die Frage, ob sich die überkommenen Vorstellungen zur Abgrenzung von Persönlichkeitsrechten und Immaterialgüterrechten noch aufrechterhalten lassen. Insbesondere die Auseinandersetzung mit der - in diesen Fragen offenbar schon weiter gediehenen - Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten mit der Anerkennung des "right of publicity" befruchtete die Diskussion¹⁵⁶. Zentrale Punkte waren und sind dabei die Frage nach den Rechtsfolgen für Eingriffe in persönlichkeitsrechtliche Befugnisse¹⁵⁷ und das Problem der Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten zum Zwecke ihrer wirtschaftlichen Verwertung¹⁵⁸.

II. Unübertragbarkeit der Persönlichkeitsrechte ?

Nach ganz herrschender Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung sind Persönlichkeitsrechte im Unterschied zu Immaterialgüterrechten gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht übertragbar sind¹⁵⁹. Die Unübertragbarkeit resultiert daraus, dass Persönlichkeitsrechte unlösbar mit der Person des Rechtsträgers verbunden sind, was der Veräußerlichkeit und Verkehrsfähigkeit entgegensteht¹⁶⁰.

III. Unübertragbarkeit und Bedürfnisse des Marktes - Lösungsmöglichkeiten

Dass die Frage der Übertragbarkeit seit jeher mit ökonomischen Interessen in Verbindung gebracht wurde, zeigt anschaulich der (vereinzelt gebliebene) Versuch, die Möglichkeit der Übertragung von vornherein nur zuzulassen, wenn die

den Promotion-Maßnahmen zu verwenden...". Zahlreiche Rechtsprechungsbeispiele aus USA bei *Pfeifer*, S. 275f.

¹⁵⁶ Vgl. die Arbeiten von *Götting*, S. 168ff. und *Pfeifer*, S. 274ff.

¹⁵⁷ Hierzu *Funkel*, S. 42ff.

¹⁵⁸ Hierzu im Folgenden.

¹⁵⁹ Vgl. nur BGHZ 50, 133, 137 – *Mephisto*; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 12 Rn 14; MüKo-Schwerdtner, BGB, § 12 Rn 126.

¹⁶⁰ v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, Einf. Rn 96; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn 64.

Verfügung dem Genuß wirtschaftlicher Güter dienen soll¹⁶¹. Daran wird deutlich, dass das Dogma der Unübertragbarkeit mit dem bereits angesprochenen realen Bedürfnis kollidiert, Berechtigungen am Namen, am eigenen Bild, am gesprochenen und geschriebenen Wort sowie (sonstigen) persönlichen Identitätsmerkmalen rechtlich abgesichert Dritten zu überlassen. Um hier zu praktikablen Lösungen zu gelangen, werden verschiedene Ansätze verfolgt, die, wie zu zeigen sein wird, fast sämtlich auf eine zunehmend stärkere Annäherung der Persönlichkeitsrechte an die Immaterialgüterrechte, ja letztlich auf die Verabschiedung dieser begrifflichen Trennung hinauslaufen.

1. Widerrufliche Einwilligung

Ein Teil des Meinungsspektrums will dem Kommerzialisierungsbestreben im Hinblick auf Persönlichkeitsrechte allerdings die Unterstützung durch Schaffung eines marktgängigen Rechts versagen. Da die Vermarktung der eigenen Persönlichkeit eine zweckfremde Nutzung des Persönlichkeitsrechts darstelle, dürfe das Recht einer solchen "ideellen Selbstentäußerung" keinen Vorschub leisten¹⁶². In letzter Konsequenz würde sich die maximale Kommerzialisierung der Persönlichkeit nämlich gegen das Individuum selbst richten und seine Persönlichkeit für Dritte verfügbar machen¹⁶³. Die Vertreter dieser Auffassung wollen demgemäß dem Rechtsverkehr nur sehr begrenzte Bindungsmöglichkeiten offerieren. Der Träger des Persönlichkeitsrechts kann sich danach zwar schuldrechtlich zur Erteilung einer Einwilligung in die fremde Nutzung des jeweiligen Persönlichkeitsdetails verpflichten. Da das Persönlichkeitsrecht aber allein als Schutz- und Abwehrrecht interpretiert wird, muss die Selbstbestimmung des Trägers immer Vorrang genießen. Die Einwilligung soll daher jederzeit widerruflich sein¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Groppler*, Wider den Urheberrechtsmonismus, UFITA 25 (1958 – I), 385, 401ff.

¹⁶² *Baston-Vogt*, S. 253.

¹⁶³ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn 51; *Pfeifer*, S. 326; differenzierend *Freitag*, S. 48ff.

¹⁶⁴ *Baston-Vogt*, S. 253, 236.

2. "Verdinglichte" schuldrechtliche Verpflichtung

Der Grundsatz der Unübertragbarkeit führt dazu, dass bei Persönlichkeitsrechten überwiegend nur rein schuldrechtliche Bindungen für zulässig erachtet werden¹⁶⁵. Kennzeichnend für solche obligatorischen Rechtsgeschäfte ist, dass sie eine Bindung nur zwischen den Vertragsparteien erzeugen, also nicht gegenüber Dritten wirken. Der Partner erhält kein eigenes gegen jedermann wirkendes Recht, sondern nur eine Gestattung, die sein handeln rechtmäßig macht, das heißt eine Eingriffsbefugnis, während der Träger des Persönlichkeitsrecht aufgrund des Vertrages zur Duldung verpflichtet ist¹⁶⁶. Eine dem Rechtsverkehr genügende Bindungswirkung soll dadurch erreicht werden, dass die im Rahmen eines solchen Gestattungsvertrages erteilte Einwilligung als von vornherein nicht frei widerruflich angesehen wird. Auch im Bereich der Persönlichkeitsrechte gelte hier der allgemeine Grundsatz *pacta sunt servanda*, der den Widerruf, sofern er nicht ausdrücklich vorbehalten wurde, ausschließe¹⁶⁷. Die schuldrechtlich erlangte Befugnis soll in entsprechender Anwendung der §§ 398ff., 413 BGB übertragbar sein, sofern der Berechtigte die Weiterveräußerung zuvor gestattet hat¹⁶⁸. Die gerichtliche Geltendmachung des Persönlichkeitsrechts durch den schuldrechtlich zur Verwertung Befugten, soll über die gewillkürte Prozessstandschaft möglich sein¹⁶⁹. Dem Einwand, dass die gewillkürte Prozessstandschaft an sich die Übertragbarkeit des Rechts voraussetzt¹⁷⁰, wird vereinzelt die Konstruktion entgegengehalten, dass derjenige, der in die kommerzielle Verwertung des Persönlichkeitsrechts einwillige, dieses Recht partiell seines persönlichkeitsrechtlichen Charakters entkleide und in ein Verwertungsrecht umwandle, so dass die gewillkürte Prozessstandschaft möglich werde¹⁷¹.

¹⁶⁵ v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, Einf. Rn 96; Helle, S. 114ff.; ders., Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 94ff.; Dasch, S. 58; Götting, S. 145.

¹⁶⁶ MüKo-Schwerdtner, BGB, § 12 Rn 134; Pfeifer, S. 313f.

¹⁶⁷ Helle, S. 117ff.; Götting, S. 150.

¹⁶⁸ Helle, S. 109; Götting S. 162ff; vgl. auch Pfeifer, S. 319.

¹⁶⁹ BGHZ 119, 237, 242 - Universitätseblem; Prantl, Der journalistische Exklusivvertrag über Informationen aus der Privatsphäre, AfP 1984, 17, 21.

¹⁷⁰ BGH, NJW 1983, 1561; Zöller-Vollkommer, ZPO, Vor. § 50 Rn 46.

¹⁷¹ Helle, S. 116.

3. Persönlichkeitsgüterrechte

Beuthien und *Schmölz* wenden sich gegen die durch Rechtsprechung und herrschende Lehre vorgenommene Einordnung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs.1 BGB. Sie füge sich nicht in das System des bürgerlichen Rechts ein und führe zudem in den Fällen der medialen Zwangskommerzialisierung von höchstpersönlichen Lebensumständen in vielen Fällen auch nicht zu einem gerechten Ausgleich, da die von der Rechtsprechung angenommene Rechtsfolge des Schadenersatzes, nicht die vollständige Abschöpfung des Verletzergewinns ermögliche. Diese Abschöpfungsfunktion könne nur über die Eingriffsbereicherung (§ 812 Abs.1 S.1 Fall 2 BGB) und die Geschäftsanmaßung (§ 687 Abs.2 BGB) erreicht werden. Da diese Normen aber den Eingriff in ein absolutes Herrschaftsrecht voraussetzen, wollen *Beuthien* und *Schmölz* jeder Person ein umfassendes Immaterialgüterrecht an ihren eigenpersönlichen Gegenständen zuerkennen, sog. "Persönlichkeitsgüterrechte"¹⁷².

4. Gebundene Rechtsübertragung – Persönlichkeitsrechte als "Mischrechte"

Nach Ansicht von *Forkel* beruht die Ablehnung von Bindungen, die über rein obligatorische Gestattungen hinausgehen, auf der Fehlvorstellung, dass die Übertragung eines Rechts immer mit dessen vollständiger Veräußerung, also dem endgültigen Verlust des Rechts, einherginge¹⁷³. Für Persönlichkeitsrechte käme eine solche Möglichkeit auch seiner Meinung nach in der Tat nicht in Betracht. Möglich seien aber nach der von ihm geprägten Begrifflichkeit sogenannte "gebundene Übertragungen"¹⁷⁴. *Forkel* orientiert sich hier an der Einräumung von Nutzungsrechten im Urheberrecht. Ausschließliche Nutzungsrechte gewähren nach einzel-

¹⁷² *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999.

¹⁷³ *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragungen, GRUR 1988, 491, 492.

¹⁷⁴ Grundlegend *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977.

liger Meinung dem Nutzungsberechtigten ein gegenständliches Recht¹⁷⁵. Das Rechtsverhältnis wirkt nicht nur zwischen den Vertragspartnern wie bei rein obligatorischen Geschäften, sondern es bestehen auch im Verhältnis zu Dritten Rechtswirkungen¹⁷⁶. Es handelt sich um eine so genannte konstitutive Rechtsübertragung. Die Bezeichnung als "konstitutive" Rechtsübertragung folgt daraus, dass in der Hand des Erwerbers ein abgeleitetes Tochterrecht entsteht, das mit einem eigenen neuen Begriff benannt wird und zuvor innerhalb des Vollrechts in isolierter Form nicht vorhanden war¹⁷⁷. Dieses Tochterrecht wird nie selbständig, sondern bleibt immer, allerdings in unterschiedlichem Maße, an das Mutterrecht gebunden. Die Bindung besteht einmal in der "Konsolidation" des Mutterrechts bei Erlöschen des Tochterrechts - das heißt dem Rückfall des Rechtsinhalts des Tochterrechts an das Mutterrecht¹⁷⁸. Darüber hinaus äußert sich die Gebundenheit des Teilrechts darin, dass es immer im Einflußbereich des Inhabers des Mutterrechts bleibt. Im Urheberrecht, das gemäß § 11 UrhG im Sinne der monistischen Theorie den Urheber sowohl in seinen Vermögensinteressen als auch in seinen persönlichen Beziehungen zum Werk schützt (deshalb auch die Bezeichnung als "Mischrecht")¹⁷⁹, wird diese Kontrolle normativ über eine Reihe von Bestimmungen gewährleistet: So etwa durch das unverzichtbare Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 42 UrhG) oder wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG) oder über das Abwehrrecht gegen Entstellungen und andere Beeinträchtigungen, die geeignet

¹⁷⁵ Für einfache Nutzungsrechte ist dies (noch) umstritten, vgl. Schricker-Schricker, Urheberrecht, Vor. §§ 28ff. Rn 49; Loewenheim-Loewenheim/Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, § 25 Rn 1.

¹⁷⁶ Schricker-Schricker, Urheberrecht, Vor. §§ 28ff. Rn 43, 47; Loewenheim-Loewenheim/Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, § 25 Rn 1.

¹⁷⁷ Forkel, S. 36, 44.

¹⁷⁸ Forkel, S. 37, 45; Ulmer, S. 116.

¹⁷⁹ Am anschaulichsten ist die monistische Theorie mit dem von Ulmer stammenden Bild vom Baum zu erläutern: Das Urheberrecht ist der Stamm, der seine Kraft aus den materiellen und ideellen Interessensphären als den Wurzeln zieht, während die urheberrechtlichen Befugnisse den Ästen und Zweigen vergleichbar sind, die ihre Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln ziehen, Ulmer, S. 116.

sind, die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden (§ 14 UrhG)¹⁸⁰.

Die Position des Erwerbers ist bei der "gebundenen Rechtsübertragung" wegen der Gegenständlichkeit des Tochterrechts stärker als bei einer rein obligatorischen Bindung. Der Erwerber kann seine Position gegen Eingriffe aus eigenem Recht selbst verteidigen und ist somit nicht auf das Tätigwerden des Inhabers des Persönlichkeitsrechts angewiesen (eigene Klagebefugnis). Er kann sie – teilweise oder vollständig – weiterübertragen und erhält einen Sukzessionsschutz. Wenn also das Mutterrecht auf einen anderen übergeht, bleibt das Tochterrecht dennoch bestehen. Auch spätere von dem Rechtsinhaber getroffene kollidierende Dispositionen können sein Recht nicht beeinträchtigen¹⁸¹.

Konsequenterweise umfasst die Möglichkeit "gebundener Rechtsübertragungen" nach dieser Ansicht auch Verfügungen über urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse. Da die Verfügung ja stets im Banne des Urhebers bleibt und dieser Beeinträchtigungen seiner Belange weiterhin abwehren kann, werden dessen Interessen auch nicht gefährdet¹⁸². Voraussetzung für eine Übertragung dieser Auffassung auf andere Teilaspekte der Person soll nach *Forkels* Ansicht aber sein, dass zuvor eine gewisse Objektivierung im Sinne einer Vergegenständlichung eingetreten ist, an die das Recht anknüpfen kann¹⁸³.

5. Stellungnahme

Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs, dass der Inhaber eines Persönlichkeitsrechts einem Partner verlässliche, gesicherte Positionen einräumen kann, um gerade mit deren Hilfe und Mitwirkung seine Persönlichkeitswerte so ausleben zu können, wie es seiner Vorstellung von Selbstverwirklichung entspricht, ist nicht von der

¹⁸⁰ Hierzu im Einzelnen: *Rehbinder*, Rn 84, 235; eingehend *Forkel*, S. 168ff.

¹⁸¹ *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Vor §§ 28ff., Rn 48; *Loewenheim-Loewenheim/Nordemann*, Handbuch des Urheberrechts, § 26 Rn 32.

¹⁸² *Hubmann/Rehbinder*, § 42 II, S. 221.

¹⁸³ *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491, 498; *Forkel*, Die Zulässigkeit beschränkter Übertragungen des Namensrechts, NJW 1993, 3181, 3182. So auch *Magold*, S. 538.

Hand zu weisen. Dabei spielen nicht immer nur ökonomische Interessen eine Rolle sondern zuweilen auch, oder gar ausschließlich, ideelle Interessen¹⁸⁴. Die Vorstellung von der prinzipiellen Unübertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten führt dazu, dass einige Autoren den Blickwinkel zu sehr verengen und die Dispositionsmöglichkeiten auf ein Mindestmaß reduzieren, das den Anforderungen des Rechtsverkehrs nicht gerecht wird. Die Unübertragbarkeit hat allein den Zweck, den Rechtsinhaber vor Verletzungen seiner personalen Identität zu schützen. Dass damit jeweils zugleich auch eine Beschränkung seiner Selbstbestimmung verbunden ist, liegt in der Natur der Sache, wird aber häufig übersehen oder nicht ausreichend berücksichtigt. Schließlich fechten auch die "Kommerzialisierungsgegner" für die Willensfreiheit des Einzelnen. Indem die rechtlichen Bindungsmöglichkeiten, d.h. die Verpflichtungsmöglichkeiten gegenüber Dritten, minimiert werden, soll die Selbstbestimmung des Rechtsträgers gewahrt werden.

Der vermittelnde Weg, die schuldrechtliche Verpflichtung mit Elementen einer "Quasi-Dinglichkeit" anzureichern, den die Rechtsprechung und eine starke Literaturmeinung vertritt, versucht immerhin, den Verwertungsinteressen des Marktes entgegenzukommen. Die Vorgehensweise erscheint in einigen Punkten jedoch konstruiert und von den Zwängen geprägt zu sein, an der Unübertragbarkeit und an dem vorgeblich bestehenden "numerus clausus" der abgeleiteten dinglichen Rechte festhalten zu müssen¹⁸⁵: Dagegen erreicht die Figur der gebundenen Rechtsübertragung, ohne auf eine analoge Anwendung der §§ 398, 413 BGB oder die Annahme einer gewillkürten Prozessstandschaft trotz Unübertragbarkeit des Rechts zurückgreifen zu müssen, eine interessengerechte und dogmatisch saubere Lösung, die zudem den Vorzug einer Orientierung an der langjährigen Praxis

¹⁸⁴ *Forkel*, S. 198ff.; vgl. BGHZ 15, 249, 258ff. - Cosima Wagner.

¹⁸⁵ Vgl. *Helle*, S. 114; dagegen *Forkel*, Die Zulässigkeit beschränkter Übertragungen des Namensrechts NJW 1993, 3181, 3183. *Pfeifer* meint, das Modell der "gebundenen Rechtsübertragung" setze zunächst die Schaffung entsprechender Immaterialgüterrechte durch den Gesetzgeber voraus, käme de lege lata also nicht in Betracht. Zudem müsse hier beachtet werden, dass die Anerkennung solcher Rechte zu einem verfassungsrechtlichen Schutz im Rahmen des Art.14 Abs.1 GG führe, den man so leicht nicht mehr umkehren oder einschränken könne. Deshalb solle hier mit Umsicht verfahren werden, *Pfeifer*, S. 316f.

des Urheberrechts ermöglicht. Die von *Forkel* als Bedingung für die Übertragung der Figur der konstitutiven Rechtsübertragung auf andere Persönlichkeitsrechte geforderte Vergegenständlichung des jeweiligen Persönlichkeitselements, überschneidet sich zwanglos mit dem hier als Kriterium für die Annahme eines besonderen Persönlichkeitsrechts genannten Objektcharakter im Sinne einer verkehrsfähigen Entäußerung der Person¹⁸⁶.

D. Einwilligung als normiertes Dispositionsinstrument bei Persönlichkeitsrechten

Einwilligen bedeutet im alltäglichen Sprachgebrauch, einem Wunsch oder einem Verlangen eines anderen nachzugeben. Dabei geht es meist darum, dass dieser andere in den ausschließlichen Rechtskreis des Einwilligenden Eindringen will, ohne dass er sich dabei auf eine zuvor bereits erhaltene Gestattung berufen kann. Während das Zivilrecht hier aus einem umfangreichen Begriffsrepertoire schuldrechtlicher oder dinglicher Gestattungen schöpfen kann und die "Einwilligung" selbst bloß eine Randexistenz führt, kennt das Strafrecht, wenn es um die Frage der Rechtfertigung des tatbestandsmäßigen Handelns durch den selbstbestimmten Willen des Opfers geht, nur den Begriff der Einwilligung. Dementsprechend umfangreich ist die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur in der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur¹⁸⁷. Im Zivilrecht dagegen erscheint, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, die "Einwilligung" nur in einigen speziellen Normierungen. Eine einheitliche, übergreifende Dogmatik hat sich noch nicht herausgebildet¹⁸⁸. Deutlichster und in den Kommentierungen meist allein genannter dogmatischer Diskussionspunkt ist die Frage nach der Rechtsnatur¹⁸⁹. Im Anschluss an den oben ausgeloteten Umfang der möglichen Rechtsbindungen bei Persönlich-

¹⁸⁶ Oben, Erster Teil, B., III, 1.

¹⁸⁷ Vgl. etwa die Monographie von *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 1997.

¹⁸⁸ Vgl. aber den Versuch von *Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, 2002.

keitsrechten soll hier unter dem Stichwort "Stufenleiter der Gestattungen"¹⁹⁰ die Vielgestaltigkeit der rechtstechnischen Umsetzung dieser Form der Rechtsbindung näher betrachtet werden.

I. Begriff

Das BGB verwendet den Begriff der Einwilligung in § 183 S.1 BGB als vorherige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft. Fehlt die Einwilligung ist das dennoch abgeschlossene Rechtsgeschäft schwebend unwirksam¹⁹¹. Davon zu unterscheiden sind die sonstigen im Recht vorkommenden Fälle der Einwilligung, bei denen es zumeist - abgesehen von der prozessrechtlichen und der registerrechtlichen Einwilligung¹⁹² - um die Rechtfertigung unerlaubter bzw. pflichtwidriger Handlungen geht. Typische Fälle dieser unrechtsausschließenden Einwilligung sollen hier im Kontext ihres spezifischen Anwendungsbereichs dargestellt werden. Zunächst unter Ausschluss der datenschutzrechtlichen Einwilligung, die im zweiten Teil der Arbeit Gegenstand gesonderter Betrachtung sein wird.

1. Medizinrecht

Die medizinrechtliche Einwilligung in den ärztlichen (Heil)eingriff ist bisher vom Gesetzgeber nicht normiert worden. Es hat sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die etwa Fragen der Einwilligungsfähigkeit, der Irrtumslehre, der Aufklärungspflichten oder zur Einwilligung bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen (Sterilisation, Lebendspende von Organen, Schönheitschirurgie) behandelt¹⁹³. Im Medizinrecht gilt die aus dem Strafrecht übernommene Auffassung von der Ein-

¹⁸⁹ Hierzu unten Erster Teil, D., IV.

¹⁹⁰ Begriff von *Ohly*, S. 141ff.

¹⁹¹ *Erman-Palm*, BGB, Vor. § 182 Rn 7.

¹⁹² Prozessrechtliche Einwilligung, §§ 267, 269, 566 ZPO. Registerrechtliche Einwilligung, § 19 GBO.

¹⁹³ *Deutsch*, Medizinrecht, Rn 105.

willigung als willentliche Erklärung ohne Rechtsgeschäftscharakter¹⁹⁴. Auch in Anlehnung an das Strafrecht herrscht im Schrifttum Übereinstimmung darüber, dass die medizinrechtliche Einwilligung jederzeit frei widerruflich sein soll¹⁹⁵.

2. Recht am eigenen Bild

Nach § 22 Abs.1 KUG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden. Nicht erfasst durch diese Regelung ist die Anfertigung eines Bildnisses. Der Schutz gegen die Bildniserstellung wird stattdessen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützt¹⁹⁶. Entgegen der vom Strafrecht inspirierten Auffassung im Medizinrecht, sieht die herrschende Meinung im Urheberrecht in der Einwilligung nach § 22 KUG eine nicht frei widerrufliche rechtsgeschäftliche Erklärung¹⁹⁷. Anders als bei sonstigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen soll bei der Einwilligung in das Recht am eigenen Bild ein Widerruf aus wichtigem Grund ausnahmsweise zulässig sein, wenn die Weiterverwendung des Bildnisses unzumutbar ist. Das soll in Analogie zu § 42 UrhG etwa dann der Fall sein, wenn sich die Überzeugung des Einwilligungsgebers ernstlich gewandelt hat¹⁹⁸.

3. Namensrecht

Über die Unverzichtbarkeit und die daraus folgende Unübertragbarkeit des Namensrechts herrscht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit¹⁹⁹. Grund ist die Tatsache, dass der Name die Person in ihrer Individualität kennzeichnet. Das gilt aber erst seit der über Jahrhunderte hinweg geltende römisch-rechtliche Grundsatz der Namensfreiheit zugunsten der Ordnungsfunktion des Namens

¹⁹⁴ Ausführlich *Deutsch*, Medizinrecht, Rn 100ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn 213ff.; *Laufs/Uhlenbruck-Laufs*, Handbuch des Arztrechts, § 61; *Laufs/Uhlenbruck-Ulsenheimer*, Handbuch des Arztrechts, § 139.

¹⁹⁵ *Voll*, S. 139f.; *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, § 223 Rn 46 m.w.N.

¹⁹⁶ BGHZ 24, 200, 208 – Spätheimkehrer.

¹⁹⁷ *Loewenheim-Schertz*, Handbuch des Urheberrechts, § 18 Rn 9; *Dasch*, S. 38, 57.

¹⁹⁸ *Loewenheim-Schertz*, Handbuch des Urheberrechts, § 18 Rn 10.

¹⁹⁹ *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 12 Rn 14; *MüKo-Schwerdtner*, BGB, § 12 Rn 128.

durch eine feste und dauerhafte Namensführung ersetzt wurde. Der bürgerliche Name ist nun ein durch Hoheitsakt erteilter Zwangsname, der der freien Verfügbarkeit des Namensträgers entzogen ist²⁰⁰. Dennoch kann der Namensträger einem anderen gestatten, seinen Namen zur Kennzeichnung einer Ware, Bildung einer Firma etc. zu benutzen. Eine derartige Benutzungserlaubnis soll nach überwiegender Meinung nur mit obligatorischer Wirkung durch einen schuldrechtlichen Gestattungsvertrag möglich sein²⁰¹. Der Gestattungsvertrag soll aus wichtigem Grund stets widerruflich bzw. kündbar sein²⁰².

4. Urheberrecht

Allein im urheberrechtlichen Schrifttum findet sich eine differenzierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Formen der Gestattung und ihrer rechtstechnischen Einordnung. Es wird unterschieden zwischen der Übertragung des Urheberrechts, der Einräumung gegenständlich wirkender Gestattungen, rein schuldrechtlichen Erlaubnissen und der schlichten einseitigen Einwilligung²⁰³. Wovon im Einzelfall auszugehen ist, wird durch Auslegung ermittelt²⁰⁴. Der Begriff der Einwilligung wird nur in § 23 UrhG genannt. Er fungiert dort als Oberbegriff für sämtliche eben genannten Formen der Gestattung, bildet aber zugleich auch als "schlichte einseitige Einwilligung" die schwächste Form der Rechtsbindung²⁰⁵.

An diesem Gebrauch orientiert sich hier die weitere Darstellung der dogmatischen Erwägungen zur Einwilligung als rechtstechnischem Begriff. Die zweifache Verwendung des Begriffs "Einwilligung", einmal als Oberbegriff für sämtliche Formen der Rechtsbindung, und zum anderen als Bezeichnung für eine spezifische Form der Gestattung, ist unglücklich und kann zu Missverständnissen führen. Sie

²⁰⁰ Näher *Götting*, S. 101ff.

²⁰¹ *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 12 Rn 17; *MüKo-Schwerdtner*, BGB, § 12 Rn 134.

²⁰² *MüKo-Schwerdtner*, BGB, § 12 Rn 144.

²⁰³ *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Vor. § 28ff. Rn 17ff.; *Loewenheim-Loewenheim/Nordemann*, Handbuch des Urheberrechts, § 25 Rn 15f.

²⁰⁴ Zu den Auslegungskriterien *Loewenheim-Loewenheim/Nordemann*, Handbuch des Urheberrechts, § 25 Rn 15f.

²⁰⁵ *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, § 23 Rn 19.

folgt aus der mangelnden Differenzierung des Gesetzgebers. Das ist aber wiederum der Grund, weshalb auch die vorliegende Arbeit hieran festhält. Gerade auf dieses "sowohl-als-auch", sowohl Oberbegriff, als auch Teilaspekt, soll diese Arbeit den Blick des Lesers lenken.

II. Inhalt der Einwilligung - Stufenleiter der Gestattungen

Anhand der oben überblicksartig genannten Anwendungsfälle der Einwilligung wird deutlich, dass die Einwilligung in erster Linie bei absoluten subjektiven Rechten zum Einsatz kommt. Das heißt Rechten, die dem Berechtigten ein bestimmtes Gut im Verhältnis zu allen anderen zuordnen, so dass jeder andere verpflichtet ist, ihm dieses Gut zu lassen und nicht zu beeinträchtigen – im Gegensatz zu den "relativen" Rechten, die sich gerade gegen eine bestimmte Person richten, der sie eine Pflicht auferlegen²⁰⁶. Neben den Persönlichkeitsrechten und Immaterialgüterrechten gehören zu den absoluten Rechten auch Rechte an Sachen, das heißt solche Rechte, die eine Person zur unmittelbaren Herrschaft über eine Sache befugen²⁰⁷. Es ist daher naheliegend, nach Parallelen in der rechtlichen Behandlung dieser beiden Erscheinungsformen absoluter Rechte zu suchen.

Für das Eigentum, als umfassendstem dinglichem Recht, bestimmt das BGB zunächst, dass der Berechtigte mit diesem Gut nach Belieben verfahren darf und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 BGB). Entsprechend kann der Eigentümer nach § 1004 BGB gegen Beeinträchtigungen tatsächlicher Art vorgehen. Das gilt aber dann nicht, wenn die rechtshindernde Einwendung des § 1004 Abs.2 BGB greift und der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. Duldungspflichten in diesem Sinne können einmal dinglicher Natur sein, etwa die Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder schuldrechtlicher Natur, etwa ein Nutzungsvertrag²⁰⁸. Daneben wird in der sachenrechtlichen Literatur regelmäßig noch

²⁰⁶ Larenz, AT, § 13 III, S. 228.

²⁰⁷ Vgl. Palandt-Bassenge, BGB, Einf. v. § 854 Rn 2.

²⁰⁸ Beispiel bei Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn 31.

die einseitige Einwilligung genannt. Als untypische, meist gefälligkeitshalber erteilte Erlaubnis, beispielsweise ein Grundstück passieren zu dürfen²⁰⁹. Diese Form der Gestattung soll jederzeit widerruflich sein²¹⁰.

Der Blick in das Sachenrecht zeigt, dass im Bereich der absoluten Rechte der Eingriff in die Ausschließlichkeitssphäre des Berechtigten auf verschiedene Weise mit unrechtausschließender Wirkung zulässig sein kann. Wobei den Erscheinungsformen der Duldungspflicht die Ausgestaltungsmöglichkeiten der Disposition über das absolute Recht entsprechen. Dieser Gedanke, auf die "Verfügung" über Persönlichkeitsrechte übertragen, führt zwangsläufig dazu, den Begriff der "Einwilligung" zu differenzieren.

1. Translative Rechtsübertragung

Der Eigentümer eines Grundstücks kann dieses gemäß § 873 Abs.1 BGB vollständig auf einen anderen übertragen, so dass ihm selbst keinerlei Befugnisse mehr verbleiben. Der Rechtsnachfolger rückt vollständig in die Rechtsstellung des bisherigen Veräußerers ein. Eine solche unbeschränkte Entäußerung wird als "translative Rechtsübertragung" bezeichnet²¹¹. Da bei Persönlichkeitsrechten, wie oben gezeigt²¹², die Übertragung der gesamten Rechtszuständigkeit nicht möglich ist, scheidet hier die translative Rechtsübertragung aus (vgl. § 29 UrhG).

2. Konstitutive Rechtsübertragung

Bestellt der Eigentümer an einer Sache ein beschränktes dingliches Recht (z.B. Nießbrauch), so entsteht durch Aussonderung und Verselbständigung von Teilbefugnissen ein neues Recht. Erlischt dieses neue Recht, fallen die Befugnisse, die aus dem Ursprungsrecht abgesondert waren, diesem wieder zu. Das "Mutterrecht"

²⁰⁹ MüKo-Medicus, BGB, § 1004 Rn 55; Vieweg/Werner, § 9 Rn 33.

²¹⁰ Palandt-Bassenge, § 1004 Rn 38; MüKo-Medicus, BGB, § 1004 Rn 55.

²¹¹ Larenz, AT, § 13 V., S. 239. Zu Recht weist Forkel darauf hin, dass es sich bei diesem Begriff um einen Pleonasmus handelt. Er schlägt stattdessen "freie Übertragung" vor, Forkel, S. 46.

²¹² Siehe oben, Erster Teil, C, II, III.

stellt sich in seinem früheren Zustand wieder her²¹³. Translative Rechtsübertragungen in diesem Sinne kennt insbesondere auch das Immaterialgüterrecht. Im Gesetzestext werden sie zumeist als "beschränkte Übertragungen" bezeichnet, vgl. § 15 Abs.1 S.2 PatG, § 22 Abs.1 S.2 GebrMG, § 3 S.2 GeschmMG. Die Rechtslehre bezeichnet sie als "dingliche Lizenzen"²¹⁴. Nach hier vertretener Auffassung können konstitutive oder in der Begrifflichkeit *Forkels* "gebundene" Rechtsübertragungen auch im Bereich der Persönlichkeitsrechte zulässig sein. Vorbild ist hier das Urheberrecht, das zwar in § 29 S.2 UrhG in missverständlicher Weise Übertragungen für unwirksam erklärt, doch zugleich die Einräumung von Nutzungsrechten vorsieht, bei denen es sich nach ganz überwiegender Meinung eben um konstitutive Rechtsübertragungen handelt²¹⁵.

3. Schuldrechtlicher Gestattungsvertrag

Im Sachenrecht werden unter nicht dinglich wirkenden schuldrechtlichen Gestattungen in erster Linie die Schuldverhältnisse Miete, Pacht und Leihe verstanden²¹⁶. Ähnlich hierzu besteht im Urheberrecht Konsens darüber, dass neben den mit dinglicher Wirkung eingeräumten Nutzungsrechten auch die Möglichkeit besteht, auf rein schuldrechtliche Weise die Werknutzung zu gestatten²¹⁷. Sie ist auf der "Stufenleiter der Gestattungen" eine Stufe unterhalb der dinglichen Gestattung einzuordnen, da keine gegenüber Dritten wirkende Rechtsposition entsteht und auch eine weitere Übertragung der aus ihr folgenden Nutzungsrechte nicht möglich ist. Es fehlt ihr an der Verkehrsfähigkeit²¹⁸. Ist zweifelhaft, welche Form der Rechtsbindung im konkreten Fall zugrunde zu legen ist, so wird von einer schuldrechtlichen Gestattung dann auszugehen sein, wenn die wirtschaftliche Tragweite der Vereinbarung, die mit ihr verbundenen Aufwendungen, die Risiken und die

²¹³ Larenz, AT, § 13 V, S. 239, 242.

²¹⁴ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 22 Rn 8, S. 201.

²¹⁵ Schricker-Schricker, Urheberrecht, Vor. §§ 28ff Rn 43f. m.w.N.

²¹⁶ MüKo-Medicus, BGB, § 1004 Rn 54.

²¹⁷ v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, § 33 Rn 5; Schricker-Schricker, Urheberrecht, Vor. §§ 28ff. Rn 25.

²¹⁸ Loewenheim-Loewenheim/Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, § 25 Rn 15.

vereinbarte Zeitdauer eher gering sind und somit eine stärkere Bindung nicht erforderlich ist, um den Interessen des Erwerbers gerecht zu werden²¹⁹.

5. Einseitige widerrufliche Einwilligung

a) Unteres Ende der Stufenleiter

Die schwächste Stufe der Gestattungen bildet die einseitige widerrufliche Einwilligung. Im Sachenrecht werden die dem Nachbarn gewährte unentgeltliche Gestattung zur Ablagerung von Baumaterial auf dem Grundstück des Einwilligenden²²⁰ oder die gefälligkeitshalber erteilte Erlaubnis über das Grundstück des Erlaubenden zu gehen²²¹ als Beispiele genannt. Der Charakter als bloße Gefälligkeit spiegelt sich darin wider, dass sich der Gestattende jederzeit wieder von der erteilten Erlaubnis lösen kann, indem er sie widerruft²²². Auch das Urheberrecht kennt die schlichte einseitige, widerrufliche Einwilligung. § 23 UrhG nennt die Einwilligung des Urhebers ausdrücklich. Sie wird hier gemäß der Doppelbedeutung des Begriffs "Einwilligung"²²³ verstanden als Oberbegriff bzw. Mindestvoraussetzung für Bearbeitungen und Umgestaltungen des Werkes²²⁴.

Während somit im Sachenrecht und im Urheberrecht anerkanntermaßen die "Stufenleiter der Gestattungen" mit der widerruflichen Einwilligung als niedrigster Stufe endet, kennt das normierte Persönlichkeitsrecht nur den Begriff der Einwilligung, obwohl auch hier mit Ausnahme der translativen Rechtsübertragung sämtliche Formen der Gestattung mit absteigendem Bindungsgehalt zulässig sein können. Um vermeidbare Unklarheiten zu beseitigen, sollte der Begriff "Einwilligung" in Zukunft der einseitigen widerruflichen Einwilligung vorbehalten bleiben.

²¹⁹ v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, § 33 Rn 5 mit Beispielen aus der Rechtsprechung; Schricker-Schricker, Urheberrecht, Vor. §§ 28ff. Rn 26.

²²⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 12 II, S. 109; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn 33.

²²¹ MüKo-Medicus, BGB, § 1004 Rn 55.

²²² MüKo-Medicus, BGB, § 1004 Rn 55; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn 33.

²²³ Siehe oben, Erster Teil, C, I, 4.

²²⁴ Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 23 Rn 19.

Auch der Gesetzgeber sollte den verschiedenen Arten der Disposition künftig im Gesetzestext Ausdruck verleihen.

b) Abgrenzung: Einwilligung – schuldrechtlicher Gestattungsvertrag

Auch wenn der jeweilige Gesetzestext nur von der einseitigen Einwilligung als Instrument für die Ermöglichung einer Disposition über Persönlichkeitsrechte spricht, erfordert die Praxis den Abschluss von Verträgen. Die einseitige Einwilligung ist für sich genommen nur auf die Vornahme einer tatsächlichen Handlung gerichtet, die in den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts eingreift. Der Einwilligende erklärt damit einen Verzicht auf seine Abwehrbefugnisse und nimmt der Handlung die Rechtswidrigkeit²²⁵. Weitere Rechtsfolgen bedürfen aber einer gegenseitigen Vereinbarung. Bestandteile eines solchen Vertrages werden insbesondere die Gegenleistung sein, die der Einwilligende erhalten soll sowie Einzelheiten der kommerziellen Verwertung des Persönlichkeitsmerkmals.

Zwangsläufig stellt sich hier die Frage des Verhältnisses zwischen Einwilligung und Gestattungsvertrag. Die wohl überwiegende Meinung folgt dem aus dem Sachenrecht bekannten Trennungsprinzip. Der Gestattungsvertrag enthalte die Verpflichtung zur Erteilung der Einwilligung, während die Einwilligung selbst die Erfüllung dieser Verpflichtung darstelle²²⁶. Die Situation sei mithin vergleichbar wie im Falle des Mietvertrages: Wenn sich im Mietvertrag der Vermieter zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet, stellt die tatsächliche Einräumung des Besitzes an der Mietsache, den Vollzug dieser Verpflichtung dar²²⁷. Zudem sei die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft auch deshalb plausibel, weil es zu einem zeitlichen Auseinanderfallen zwischen Einwilligung und

²²⁵ Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 23 Rn 28.

²²⁶ Kohte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 136. Götting, S. 158ff.; Ohly, S. 167ff. Darstellung des Meinungsstreits bei Dasch, S. 58ff.

²²⁷ Beispiel bei Ohly, S. 168f. Kohte, a.a.O., zieht den Vergleich zum Verhältnis von Vollmacht und Grundgeschäft.

Gestattungsvertrag kommen könne, wenn sich der Rechtsinhaber zunächst zur Erteilung der Einwilligung verpflichtet, sie aber erst später tatsächlich erklärt²²⁸.

Die Vertreter der "Einheitslösung"²²⁹ folgen dagegen der Auffassung von *Larenz*, der annimmt, dass die Einwilligung, wenn sie im Zusammenhang mit einem auf weitere Rechtsfolgen gerichteten Vertrag, etwa einem Miet-, Pacht- oder Leihvertrages, erteilt wurde, untrennbarer Teil dieses Rechtsgeschäftes sei. Ansonsten könne die Einwilligung aber auch isoliert erteilt werden²³⁰.

Bei der näheren Auseinandersetzung mit diesen Ansichten fällt zunächst auf, dass die Anhänger einer Paralle zum sachenrechtlichen Trennungsprinzip eine entsprechende Anwendung des aus dem Trennungsprinzip folgenden Abstraktionsprinzips²³¹ ablehnen. Im Falle der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung könne nämlich nur die vertragliche Vereinbarung Aufschluss geben über Inhalt und Umfang der eingeräumten Befugnisse²³². Die Rechtseinräumung reiche nur soweit, wie dies der Zweck des Verpflichtungsvertrages erfordere²³³. *Ohly* räumt daher folgerichtig immerhin ein, dass im Rahmen von immaterialgüterrechtlichen oder persönlichkeitsrechtlichen Gestattungsverträgen die Unterscheidung zwischen vertraglicher Gestattung und einseitiger Einwilligung "weniger deutlich auf der Hand liege" als etwa beim Mietvertrag²³⁴.

Nach hier vertretener Auffassung erweist sich die gedankliche Trennung zwischen obligatorischer Verpflichtung zur Einwilligung und ihrer Erteilung als wenig weiterführend. Bei sachenrechtlichen Verträgen, die mit der Einräumung von Besitz an einem Objekt, eben einer "Sache", verbunden sind, erklärt sich die Anwendung des Trennungsprinzips insbesondere aus der Publizitätsfunktion des Besitzes²³⁵.

²²⁸ *Götting*, S. 159.

²²⁹ *Helle*, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 99; weitere Nachweise bei *Dasch*, S. 60.

²³⁰ *Larenz*, Schuldrecht II, 12. Aufl., § 71 I 1, S. 594.

²³¹ Zu Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Sachenrecht, vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 5 Rn 40ff.

²³² *Götting*, S. 159.

²³³ *Götting*, S. 160.

²³⁴ *Ohly*, S. 169.

²³⁵ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 5 Rn 47.

Für das Verhältnis Einwilligung - Vertrag kann dieses Argument offensichtlich nicht greifen. Entscheidendes Gegenargument ist aber die, auch von den Verfechtern der Trennungslösung erkannte, enge Verknüpfung zwischen der Einwilligung in die Verwertung des Persönlichkeitsaspekts und dem Vertrag. Bei genauer Betrachtung ist hier das Ziehen einer Trennlinie nicht möglich. Die vertraglichen Vereinbarungen begleiten nämlich nicht bloß die Gestattung des Eingriffs in den durch das Persönlichkeitsrecht gezogenen Rechtskreis, sondern sie stellen diesen Eingriff selbst dar. Dies sei am Beispiel eines Vertrages über die Erstellung von Fotoaufnahmen und die nachfolgende Verwertung und Verbreitung der Bilder verdeutlicht: Nicht nur der tatsächliche Akt der Anfertigung der Aufnahmen bedarf der Einwilligung²³⁶, sondern auch die nachfolgenden Handlungen zur wirtschaftlichen Verwertung der erstellten Fotos stellen einwilligungsbedürftige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht dar. Bei konsequenter Zugrundelegung des Trennungsprinzips müsste also jeder einzelne "eingreifende" Vertragsbestandteil einer gesonderten Einwilligung bedürfen. Oder man fordert, um der Praktikabilität willen, eine "Generaleinwilligung" in alle Eingriffsakte. Wie wäre diese aber von der Annahmeerklärung des Vertrages zu unterscheiden? Noch weiter gedacht, dürfte nach der Trennungslösung der ganze Vertrag nur eine Verpflichtung zur Erteilung der Einwilligung darstellen. Eine solche Verpflichtung wäre aber bereits für sich genommen einwilligungsbedürftig, da bereits eine obligatorische Bindung die Selbstbestimmung über das jeweils betroffene Persönlichkeitsrecht einschränkt.

Der lebensferne Kunstcharakter dieser Konstruktion ist offensichtlich und findet seine Rechtfertigung weder in praktischen noch in dogmatischen Erwägungen. Die Willenserklärung des Betroffenen, die auf Abschluss des Vertrages gerichtet ist, mit dem sich der Betroffene zur Verwertung eines Persönlichkeitsaspekts verpflichtet (etwa zur Aufnahme von Fotos und deren Verbreitung), beinhaltet bereits die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs und schränkt damit insoweit sein

²³⁶ So aber wohl *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 136.

Persönlichkeitsrecht ein. Im Falle eines schuldrechtlichen Gestattungsvertrages, mit dem über ein Persönlichkeitsrecht disponiert wird, ist damit die Einwilligung bereits Element dieses Vertrages.

III. Rechtsnatur der "Unwiderruflichen Einwilligung"

Innerhalb der oben vorgestellten Stufenleiter der Gestattungen ist der einfachen Einwilligung die unterste Stufe vorbehalten. Das erklärt sich aus ihrer im Vergleich zu den anderen Dispositionsmöglichkeiten mangelnden Bindungswirkung, die wiederum ihre Ursache in der freien Widerruflichkeit der einfachen Einwilligung hat. Was gilt aber für den Fall, dass der Widerruf ausgeschlossen wurde, also eine "unwiderrufliche Einwilligung" erteilt wurde? Handelt es sich dabei um eine eigene Kategorie zwischen der schuldrechtlichen Gestattung und der widerruflichen Einwilligung oder ist die unwiderrufliche Einwilligung bereits in der Stufenleiter erfasst und firmiert nur unter einem anderem Namen?

Nach oben dargestellter Auffassung wird hier eine Einheitslösung vertreten und nicht zwischen schuldrechtlichem Gestattungsvertrag und Erteilung der Einwilligung getrennt. Wenn aber, wie in einem solchen Fall, die Einwilligung Bestandteil eines schuldrechtlichen Vertrages ist, muss es sich ohnehin um eine Form der "unwiderruflichen Einwilligung" handeln. Für dieses Schuldverhältnis gilt nämlich über §§ 241, 305 BGB der Grundsatz *pacta sunt servanda*²³⁷.

Wie verhält es sich aber mit einer isolierten Einwilligung, die nicht in einen Vertrag eingebettet ist? Da es sich auch bei der isolierten Einwilligung um eine einseitige Erklärung handelt²³⁸, bietet sich ein Vergleich mit der Erteilung einer Vollmacht, § 167 Abs.1 BGB, an²³⁹. Über die Möglichkeit der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht besteht Konsens. Sie wird heute aus dem Wortlaut von § 168 S.2 BGB hergeleitet. Umstritten ist jedoch die rechtliche Form der Er-

²³⁷ So auch *Helle*, S. 117.

²³⁸ Zur genauen rechtlichen Einordnung sogleich unter IV.

teilung. Nach früher vorherrschender Meinung und der Rechtsprechung des Reichsgerichts konnte die Unwiderruflichkeit nur durch Vertrag begründet werden²⁴⁰. Mittlerweile überwiegt im Schrifttum die Ansicht, dass eine einseitige Erklärung ausreichend sei²⁴¹, da es sich aus der Natur als einseitiges Rechtsgeschäft ergebe, dass der Vollmachtgeber über sämtliche Inhaltsmerkmale frei bestimmen könne²⁴². Allerdings wird die Wirksamkeit der unwiderruflichen Erteilung nur dann anerkannt, wenn die Unwiderruflichkeit eine Rechtfertigung in dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis findet. Eine isoliert erteilte Vollmacht oder eine Vollmacht, der kein gültiges Rechtsverhältnis zugrunde liegt, kann aus diesem Grund nicht unwiderruflich sein²⁴³. Zusätzlich muss das Grundverhältnis aber auch den Interessen des Bevollmächtigten dienen²⁴⁴. Wenn der der Vollmacht zugrunde liegende Auftrag allein den Interessen des Auftraggebers dient, ist die Unwiderruflichkeitsklausel nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam²⁴⁵. Noch weitergehend fordert *Flume*, dass die Unwiderruflichkeit der Vollmacht nur dann anzuerkennen sei, wenn der Bevollmächtigte gegen den Vollmachtgeber einen Anspruch auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts derart hat, dass er den Anspruch selbst durch die Vornahme als Bevollmächtigter erfüllen kann²⁴⁶. Er meint damit etwa den Fall der Auflassungsvollmacht²⁴⁷.

²³⁹ Den Vergleich zur Vollmacht ziehen bereits *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, 1, 61, Fn 48 und *Kohle*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 136.

²⁴⁰ Vgl. die Nachweise bei *Staudinger-Schilken*, BGB, § 168 Rn 11; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 168 Rn 6.

²⁴¹ *Müko-Schramm*, BGB, § 168 Rn 31; *Staudinger-Schilken*, BGB, § 168 Rn 11; *Flume*, AT II, § 53, 5, S. 882;

²⁴² *MüKo-Schramm*, BGB, § 168 Rn 31.

²⁴³ Umfassend *Flume*, AT II, § 53, S. 876ff.

²⁴⁴ Beispiele für hinreichendes Eigeninteresse des Bevollmächtigten bei *MüKo-Schramm*, BGB, § 168 Rn 33ff.

²⁴⁵ Vgl. die Nachweise bei *Larenz*, AT, § 32 III b), S. 626.

²⁴⁶ *Flume*, AT II, § 53 4, S. 880. Zur Begründung verweist *Flume* u.a. auf den Vereinheitlichungsentwurf zum Vollmachtsrecht im Internationalen Rechtsverkehr von 1955 (vollständige Zitierung a.a.O. unter § 46 I, S. 794), wo es heißt, eine unwiderrufliche Vollmacht könne dem Bevollmächtigten nur erteilt werden "with the purpose of securing him the power to exercise his own rights or a guarantee" (zitiert nach *Flume* a.a.O.).

²⁴⁷ Beispiele bei *Medicus*, AT, Rn 942.

Festzuhalten ist demnach, dass im Falle der Vollmacht mit dem Erfordernis eines im Interesse des Bevollmächtigten liegenden Rechtsverhältnisses als Grundlage der Vollmacht, hohe Hürden für die Wirksamkeit einer unwiderruflichen Erteilung angenommen werden. Gerechtfertigt ist dies durch die damit verbundene Abhängigkeit von dem Bevollmächtigten, die eine Unterwerfung unter den Willen eines anderen darstellt. Es soll nicht möglich sein, fremde Interessen gegen den Vertretenen durchzusetzen, es sei denn, es hat bereits ein selbstbestimmter Interessenausgleich mittels vertraglicher Vereinbarung mit dem Vertretenen stattgefunden²⁴⁸.

Diese Überlegungen lassen sich auf die Einwilligung im persönlichkeitsrechtlichen Bereich übertragen. Indem sie einen Eingriff gestattet, wird der Einwilligende auch hier einem gewissen Maß an Fremdbestimmung ausgesetzt. Im Unterschied zur Einwilligung ist bei der Vollmacht die Unterscheidung zwischen Grundverhältnis und Vollmacht zwanglos möglich. Dagegen ist die Einwilligung, sofern ihr ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, immer dessen Bestandteil. Das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist der Gestattungsvertrag, der das Einwilligungselement in sich trägt. Hier schließt sich der Kreis zur unwiderruflichen Vollmacht: So wie diese immer ein zugrunde liegendes Rechtsverhältnis voraussetzt, erfordert auch die "unwiderrufliche Einwilligung" immer ein Rechtsverhältnis, das die Unwiderruflichkeit rechtfertigt – anders als die Vollmacht, geht die Einwilligung jedoch in diesem Rechtsverhältnis auf. So wie eine isolierte unwiderrufliche Vollmacht nicht existiert, gibt es damit auch keine isolierte unwiderrufliche Einwilligung. Die Figur der unwiderruflichen Einwilligung ist daher immer ein schuldrechtlicher Gestattungsvertrag. Sie besitzt daneben keinen eigenen Stellenwert²⁴⁹.

IV. Rechtsnatur der widerruflichen Einwilligung

²⁴⁸ AK-Ott, BGB, § 168 Rn 9.

Das BGB selbst enthält keine Regelung zur hier interessierenden Einwilligung in die Verletzung eines subjektiven Rechts. Zunächst wurde aber daran gedacht einen § 706 E 1 in das BGB aufzunehmen, der folgenden Wortlaut haben sollte: "Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu." Die Motive bezeichnen die Einwilligung in dieser Vorschrift als einseitiges Rechtsgeschäft, weshalb die volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden erforderlich sei²⁵⁰. Später wurde § 706 E 1 jedoch wieder verworfen, wobei man sich in den Protokollen auch von der ausnahmslosen Charakterisierung als Rechtsgeschäft distanzierte²⁵¹. In der Literatur setzte die Diskussion um die wahre Rechtsnatur der Einwilligung zur gleichen Zeit ein²⁵². Sie war zunächst von einer stark deduktiven Herangehensweise geprägt. Die dogmatische Basis dieser Rechtsfigur sollte abstrakt für alle möglichen Anwendungsfälle geklärt werden, um dann von diesem Standpunkt aus, die sich in der Praxis stellenden Einzelfragen zu lösen. In der jüngeren Literatur und auch Rechtsprechung scheint der dogmatische Eifer dagegen weitgehend verfliegen zu sein. Stattdessen versucht man aus den Eigenheiten des jeweiligen Problems angemessene Rechtsfolgen herzuleiten. Die Zuordnung zu rechtstechnischen Begriffen wird dabei als eher sekundär betrachtet oder sogar für vollkommen irrelevant gehalten²⁵³. Hier wird die Darstellung der Auseinandersetzung dennoch als notwendig erachtet. Denn, um mit *Zitelmann* zu sprechen, die Voraussetzungen, unter denen, und die Grenzen, in denen die Einwilligung wirkt,

²⁴⁹ A.A. *Dasch*, S. 87, der es ohne nähere Begründung für grundsätzlich möglich hält, die isolierte Einwilligung unwiderruflich zu erteilen. In diesem Sinne auch *Kohle*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 137.

²⁵⁰ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1896, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 730.

²⁵¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1889, S. 578.

²⁵² Beginnend mit *Linkelmann*, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1898 und *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, 1ff.

²⁵³ So etwa *Götting*, S. 166: "Geschmackssache".

lassen sich bei Fehlen genauer gesetzlicher Bestimmungen nur aus einer Erkenntnis über ihre juristische Natur gewinnen²⁵⁴.

1. Reichsgericht

a) Ärztlicher Heileingriff

Die überwiegende Zahl der Urteile, die sich mit der Einwilligung befassen, haben medizinische Heileingriffe zum Gegenstand. Daneben spielt noch die Figur des "Handelns auf eigene Gefahr" eine Rolle sowie, zahlenmäßig allerdings vernachlässigbar, einige Entscheidungen zu persönlichkeitsrechtlichen Einwilligungen im weitesten Sinne.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1907 hatte das Reichsgericht über die Einwilligung einer nach damaligem Recht Minderjährigen in eine Augenoperation zu entscheiden. Das Gericht behandelte die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, ohne sich genötigt zu sehen, dies näher zu begründen. Wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen wurde daher gemäß § 107 BGB die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für erforderlich gehalten²⁵⁵. Die gleiche Argumentation findet sich in einem wenig später veröffentlichten Urteil zu einem ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommenen orthopädischen Eingriff²⁵⁶, bei dem das Gericht zudem die damals noch junge, vom einem Strafsenat des Reichsgericht entwickelte, Ansicht referiert²⁵⁷, dass ein ohne Einwilligung vorgenommener ärztlicher Heileingriff eine Körperverletzung darstelle²⁵⁸.

Eine Entscheidung aus dem Jahr 1911 erwähnt zum ersten Mal den in der Literatur bereits ausgetragenen Meinungsstreit um die Rechtsnatur der Einwilligung, um im Ergebnis aber dessen Bedeutung zumindest für den vorliegenden Fall zu ver-

²⁵⁴ *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S. 48.

²⁵⁵ RG, JW 1907, 505f.

²⁵⁶ RGZ 68, 431, 436.

²⁵⁷ RGZ 68, 431, 437.

²⁵⁸ RGSt 25, 375.

neinen: "Dass die persönliche Zustimmung des Minderjährigen, auch wenn er eine gewisse Verstandesreife erlangt hat, nicht genügt, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs zu beseitigen, kann einem Zweifel nicht unterliegen, wenn diese Einwilligung als Rechtsgeschäft aufzufassen, § 107 BGB also unmittelbar anzuwenden ist (...) ²⁵⁹. Aber auch wenn man in einer solchen Einwilligung nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern nur eine tatsächliche Erklärung erblickt (...) ²⁶⁰, so wird man bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung und mit Rücksicht auf das mit der elterlichen Gewalt (...) verbundene Recht der Sorge für die Person des Kindes (...) gleichfalls zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Operation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der objektiven Rechtmäßigkeit entbehrt, mag auch der Minderjährige selbst ihr zugestimmt haben" ²⁶¹.

Auch in der Entscheidung RGZ 88, 433 aus dem Jahre 1916 wertet das Reichsgericht die Einwilligung rechtsgeschäftlich. Der operative Eingriff des Arztes werde kraft des ihm durch den Rechtswillen des Kranken eingeräumten Vertragsrechts zu einem nicht rechtswidrigen ²⁶².

b) Handeln auf eigene Gefahr

Eine andere Fallgestaltung betrifft die Situation des "Handelns auf eigene Gefahr". Sie wird üblicherweise in Zusammenhang mit "Gefälligkeitsfahrten" diskutiert. Rechtlich wurde sie zunächst als Setzung einer Schadenursache eingeordnet, die zu einer Schadenteilung nach § 254 BGB führte ²⁶³. Zum Teil wurde auch ein stillschweigend vereinbarter Haftungsausschluss angenommen. Später ging das Reichsgericht - einer in der Literatur vertretenen Auffassung folgend - dazu über, in diesen Fällen eine Einwilligung in den möglicherweise eintretenden Verlet-

²⁵⁹ An dieser Stelle erfolgt ein Verweis u.a. auf: *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906 51ff.

²⁶⁰ An dieser Stelle erfolgt ein Verweis u.a. auf: *Linkelmann*, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, S. 80ff.

²⁶¹ RG, JW 1911, 748.

²⁶² RGZ 88, 433, 436.

²⁶³ Hierzu umfassend: *Stoll*, Handeln auf eigene Gefahr, S. 15ff.

zungserfolg zu prüfen. Also eine Risikoübernahme mittels Einwilligung, die den Fällen der medizinrechtlichen Einwilligung ganz ähnlich ist. Deutlich bezeichnet sie das Reichsgericht als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Vorschriften über Willenserklärungen unterliege und somit insbesondere bei Minderjährigkeit des auf eigene Gefahr handelnden unwirksam sei²⁶⁴.

c) Persönlichkeitsrechte

In den hier besonders interessierenden, allerdings wesentlich seltener entschiedenen, Fällen der "Einwilligung" in Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, geht das Reichsgericht soweit ersichtlich auch von rechtsgeschäftlichen Konstruktionen aus. In der "Graf Zeppelin-Entscheidung" von 1910, die das Namensrecht zum Gegenstand hat, wird zum ersten Mal von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit eines schuldrechtlichen Gestattungsvertrags ausgegangen, der einen Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche aus § 12 BGB zum Inhalt habe²⁶⁵. In einer späteren Entscheidung unterstellt das Reichsgericht, wieder unter Zugrundelegung eines "pactum de non petendo", ausdrücklich auch die Widerrufsmöglichkeit der rechtsgeschäftlichen Disposition²⁶⁶.

d) Strafrecht

Während demnach das Reichsgericht in Zivilsachen durchweg von der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung ausgegangen ist, sind die Strafsenate, dem Schrifttum folgend, früh von diesem Erklärungsmodell abgewichen. Am deutlichsten ist diese Distanzierung in der Entscheidung RGSt 41, 392 in Bezug auf eine in Frage kommende Einwilligung in eine ehrverletzende Handlung (die heute als Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung geprüft würde) ausgedrückt: "Die Einwilligung in eine Handlung, die an sich ehrkränkend erscheint, ist nicht eine Verfügung über ein Recht oder ein Rechtsverhältnis. Denn der Mensch steht

²⁶⁴ RGZ 141, 262, 265; bestätigt durch RGZ 145, 390, 394f.

²⁶⁵ RGZ 74, 308, 312.

²⁶⁶ RG, JW 1921, 824, 825f.

zu seiner eigenen Ehre nicht in einem Rechtsverhältnisse. Die Ehre gehört vielmehr, wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit, zu den sog. Rechtsgütern, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechts ihres Trägers sind. Deshalb können Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die besonderen Gründe, aus denen im Einzelfall die Handlungsfähigkeit oder sonst die Willensfreiheit ausgeschlossen oder beeinträchtigt sein kann (...) keine Anwendung finden."²⁶⁷

2. Bundesgerichtshof

Zunächst knüpft die zivilrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausdrücklich an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an. Eine Entscheidung aus dem Jahr 1952 behandelt die Einwilligung in einen Schwangerschaftsabbruch als rechtsgeschäftliche Willenserklärung auf die §§ 134, 138 BGB anzuwenden seien²⁶⁸. Wenige Jahre später scheint sich aber bereits die Abwendung von der Rechtsgeschäftstheorie anzudeuten. Das so genannte "Elektroschock-Urteil"²⁶⁹ stellt, jeweils mit zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen, die bisher vom Reichsgericht in Zivilsachen vertretene Ansicht der im Strafrecht vorherrschenden Einordnung der Einwilligung als bloße Rechtshandlung gegenüber, kann eine Entscheidung für die eine oder andere Meinung aber dahinstehen lassen, indem es eine Einwilligung des Patienten hier als nicht in Betracht kommend ansah. Während es bisher meist um die Frage der Einwilligungsfähigkeit ging, entzündete sich die Diskussion der Ansichten in diesem Rechtsstreit an den Voraussetzungen der Anfechtung²⁷⁰.

Der entscheidende Umschwung in der Rechtsprechung des BGH erfolgte schließlich 1958 mit der Entscheidung BGHZ 29, 33. Auch hier handelte es sich wieder um einen medizinischen Heileingriff, der an einem zwar bereits 20 $\frac{3}{4}$ Jahre alten, aber nach damaligem Recht noch minderjährigen, Patienten vorgenommen wurde

²⁶⁷ RGSt 41, 392, 395f.

²⁶⁸ BGHZ 7, 198, 207.

²⁶⁹ BGH, NJW 1956, 1106ff.

und fehlschlug. Der BGH verwirft ausdrücklich die bisherige Zivilrechtsprechung des Reichsgericht und folgt stattdessen der oben zitierten Argumentation in RGSt 41, 392 und ergänzt diese um eigene Erwägungen. In der entscheidenden Passage des Urteils wird zunächst klargestellt, dass es sich bei der Einwilligung zu einem Eingriff in die körperliche Integrität nicht um eine Einwilligung im Sinne des § 183 BGB handle, nicht um eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, **also**²⁷¹ nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen. Sodann folgt die Argumentation, dass es sich bei Leben und körperlicher Unversehrtheit um Rechtsgüter handle, über die der einzelne nicht verfügen könne wie über eine ihm gehörige Sache, ein ihm zustehendes dingliches Recht oder ein Rechtsverhältnis. Die Vorschriften der §§ 107ff. BGB seien daher nicht unmittelbar anwendbar. Immerhin stünden sie aber einer analogen Anwendung offen, die jedoch nur soweit geboten sei, als es der Schutz der Minderjährigen verlange²⁷².

Diese Rechtsprechung setzte sich im folgenden weitgehend durch²⁷³. Schon ein Urteil aus dem Jahr 1961, das die Einwilligung eines Geisteskranken in die Unterbringung in einer öffentlichen Heilanstalt zum Gegenstand hat, bezeichnet sie als "gefestigte Rechtsprechung"²⁷⁴. Für die Einwilligung Minderjähriger in kosmetische Behandlungen weicht der BGH in späteren Urteilen dann aber von der konsequenten Anwendung der Rechtshandlungslehre ab und läßt die Einwilligung der Minderjährigen allein nicht ausreichen. Zusätzlich wird die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gefordert²⁷⁵. Einmal sogar unter ausdrücklicher Relativierung des oben genannten Grundsatzurteils, indem die damalige Entscheidung als maßgeblich von den dort zugrunde liegenden Einzelfallumständen geprägt ange-

²⁷⁰ BGH, NJW 1956, 1106, 1107.

²⁷¹ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁷² BGHZ 29, 33, 36.

²⁷³ BGH, NJW 1961, 632, 633; BGH, NJW 1964, 1177, 1178.

²⁷⁴ BGH NJW 1961, 632, 633.

²⁷⁵ BGH, NJW 1970, 511, 512f.; BGH, NJW 1972, 335, 337.

sehen wird²⁷⁶. Eine Rückkehr zur rechtsgeschäftlichen Einordnung der Einwilligung kann darin aber wohl genauso wenig gesehen werden, wie die Bezeichnung der Einwilligung als Willenserklärung in einem Urteil von 1984²⁷⁷. Eine Diskussion der dogmatischen Grundlagen der Einwilligung findet nämlich nicht mehr statt. Vielmehr werden die Standpunkte pragmatisch angenähert, so dass sich letztlich die Unterschiede in den Rechtsfolgen minimieren. In diesem Sinne heißt es in einem Urteil: "Damit sind alle Voraussetzungen erfüllt, die nicht nur an eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern auch an die ihr immerhin verwandte Behandlungseinwilligung gestellt werden dürfen"²⁷⁸. Für die medizinrechtliche Einwilligung erscheint die zumindest formale Abkehr von der Rechtsgeschäftstheorie allerdings gefestigt²⁷⁹.

Für die Fälle des "Handelns auf eigene Gefahr" hat sich der Streit durch die weitgehende Abkehr von der Einwilligung als Erklärungsmodell mit dem Grundsatzurteil von 1961 erübrigt²⁸⁰. Interessant ist, dass der BGH hier gerade die unterschiedliche Behandlung der Einwilligung im Strafrecht zum Anlass nimmt, im Interesse der Einheit der Rechtsordnung von seiner bisherigen Rechtsprechung²⁸¹ abzurücken²⁸².

Auch im persönlichkeitsrechtlichen Bereich hat der BGH die Einwilligung nun nicht mehr ausdrücklich als rechtsgeschäftliche Willenserklärung eingestuft. In einem Urteil zur Einwilligung einer Minderjährigen in Nacktaufnahmen, zieht der BGH zunächst die Parallele zur Grundsatzentscheidung BGHZ 29, 33, verneint aber die alleinige Entscheidungsbefugnis der Minderjährigen in Bezug auf das Recht am eigenen Bild²⁸³. In einem späteren Urteil unterwirft der BGH die Ein-

²⁷⁶ BGH, NJW 1972, 335, 337.

²⁷⁷ BGHZ 90, 96, 101f.

²⁷⁸ BGH, NJW 1980, 1903, 1904.

²⁷⁹ Vgl. nur BGH, NJW 1988, 2946, 2947.

²⁸⁰ BGHZ 34, 355, 363ff. Für Fälle eindeutig riskanten Verhaltens soll aber weiterhin die Annahme einer Einwilligung möglich sein, etwa bei gefährlichen Sportarten, a.a.O., 363.

²⁸¹ Auch der BGH hatte zunächst die oben beschriebene Rechtsprechung des Reichsgerichts zum "Handeln auf eigene Gefahr" übernommen, vgl. BGHZ 2, 159, 162.

²⁸² BGHZ 34, 355, 363.

²⁸³ BGH GRUR 1975, 561, 563 - Nacktaufnahmen.

willigung nach § 22 KUG der Auslegung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls. Danach sei zu bestimmen, ob die Einwilligung ausdrücklich, stillschweigend, unbeschränkt oder beschränkt erteilt worden sei²⁸⁴. Die Denkweise in Kategorien der Willenserklärung wird jedenfalls hier sehr deutlich.

3. Literatur

Ähnlich wie sich die Rechtsprechung im Falle der Einwilligung von zivilrechtlichen Denkkategorien entfernte, sie aber letztlich nie aus den Augen verlor, verlief die Entwicklung in der Literatur. Den Aufgaben der Wissenschaft entsprechend, finden sich jedoch mehr Versuche, die jeweilige Ansicht argumentativ zu unterfüttern und Gegenansichten der Fehlerhaftigkeit zu überführen. Das Meinungsspektrum umfasst die Einstufung der Einwilligung als Realakt, als geschäftsähnliche Erklärung (mit teilweise anderen Bezeichnungen) und als Rechtsgeschäft, wobei hier weiter zwischen einseitigem Rechtsgeschäft und zweiseitigem Rechtsgeschäft unterschieden werden muss.

Um die Übersichtlichkeit zu erhöhen, wird im Folgenden zwischen "strengen" und "gemäßigten" Ansichten gegliedert. Als "streng" gelten dabei diejenigen, die aus der Zuordnung zur Kategorie des Rechtsgeschäfts die Konsequenz ziehen, auch sämtliche rechtsgeschäftlichen Normen anzuwenden, bzw. diejenigen, die bei Ablehnung dieser Zuordnung selbst die entsprechende Anwendung der rechtsgeschäftlichen Normen nicht zulassen wollen. Die "gemäßigten" Meinungen dagegen nehmen zwar eine Zuordnung vor, sind bei den Rechtsfolgen aber konzilianter.

a) Strenge Ansichten

aa) Realakt

²⁸⁴ BGH GRUR 1987, 128 - Nena.

Die wohl früheste Äußerung zur Rechtsnatur der Einwilligung findet sich bei *Linkelmann*. Er nennt bereits die später immer wieder formulierten Argumente gegen eine rechtsgeschäftliche Natur der Einwilligung: Die Einwilligung sei nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet, durch sie werde kein Rechtsgeschäft begründet, verändert oder aufgehoben. Auch eine Übertragung eines Rechtes finde nicht statt²⁸⁵. Vielmehr wirke die Einwilligung rein negativ. Der Eingriff werde durch sie nicht rechtmäßig, sondern nur nicht rechtswidrig. Ein positives Recht zum Eingriff würde dagegen nicht geschaffen²⁸⁶. Da die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit mithin keine Anwendung finden könnten, müsse die Einwilligungsfähigkeit analog §§ 827, 828 BGB bestimmt werden²⁸⁷. Ähnlich äußert sich *Deutsch*, für den die Einwilligung nur die Kundmachung eines Verzichts auf den Rechtsschutz zum Ausdruck bringt²⁸⁸.

Ergänzend wird argumentiert, dass die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen einem Ausgleich zwischen Verkehrsschutzinteressen und der Selbstbestimmung des Erklärenden dienen sollen. Im hier maßgeblichen Bereich der Einwilligung sei aber das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Bestand der Erklärung nicht schützenswert, allein maßgeblich sei das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Integritätsbereich²⁸⁹. Auch *Boehmer* stimmt zunächst der zuvor in BGHZ 29, 33 getroffenen Aussage zu, dass die Einwilligung nicht Rechtsgeschäft sein könne, da sie bloß Gestattung zur Vornahme einer rein tatsächlichen Handlung sei. Darüber hinaus sei sie aber weder Erklärung noch Betätigung eines Willens, vielmehr genüge der rein innere Wille. Eine Äußerungshandlung sei dementsprechend nicht erforderlich²⁹⁰.

bb) Rechtsgeschäft

²⁸⁵ *Linkelmann*, S. 80.

²⁸⁶ *Linkelmann*, S. 70, 71.

²⁸⁷ *Linkelmann*, S. 81.

²⁸⁸ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 185.

²⁸⁹ RGRK-*Steffen*, BGB, § 823 Rn 377.

²⁹⁰ *Boehmer*, Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, 705ff.

Ausdrücklich gegen die zuvor von *Linkelmann* geforderte scharfe Absonderung der Einwilligung von der Kategorie des Rechtsgeschäfts wendet sich *Zitelmann*²⁹¹. Auch wenn das BGB die Einwilligung nicht nenne, müsse sie aus irgend einem allgemeineren positivrechtlichen Grundsatz hergeleitet werden. Als solcher biete sich nur der Begriff des Rechtsgeschäfts an. Dessen Inhalt bestehe darin, dass im Privatrecht die Person innerhalb gewisser Schranken die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten²⁹². Für *Zitelmann* ist demnach das Rechtsgeschäft das eigentliche (und einzige?) Mittel zur Wahrnehmung von Privatautonomie. Er beläßt es aber nicht bei diesem Begründungsansatz aus allgemeinen Prämissen. Gegen den schärfsten Einwand der Kritiker, die Einwilligung sei nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet, sondern nur auf einen tatsächlichen, wendet er ein, dass es für den Rechtsfolgewillen vollkommen genüge, wenn der Handelnde den tatsächlichen Erfolg als rechtlich bedeutsam, das heißt von der Rechtsordnung anerkannt, einstufe. Der Parteiwille gehe in den Einwilligungsfällen nicht bloß auf die negative Außerkraftsetzung eines verbotenden, sondern auf die Inkraftsetzung eines erlaubenden Rechtssatzes. Der Einwilligende wolle dem Gegner die Befugnis einräumen, die Handlung vorzunehmen. Er wolle ihm mithin ein subjektives Recht verschaffen²⁹³. Aus dieser klaren Zuordnung zum Rechtsgeschäft folgert *Zitelmann* die Anwendbarkeit aller für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätze²⁹⁴.

Zum selben Ergebnis, aber auf anderem Wege, gelangt *v. Gamm* mit seiner Lehre vom Gestattungsvertrag. Danach sei jedenfalls die Einwilligung nach § 22 KUG immer ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag. Dabei unterscheidet er zwei Möglichkeiten: Zum einen könne es um einen Erlassvertrag mit dem Inhalt handeln, dass keine Ansprüche aus der Verletzung des Rechts am eigenen Bild zur Entstehung gelangen. Also ein antizipierter Erlass künftiger Ansprüche. Die andere Möglichkeit sei eine obligatorische Verpflichtung, in dem vereinbarten Ausmaß

²⁹¹ *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S. 1-130.

²⁹² *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S.48.

²⁹³ *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S. 53f.

nicht von dem Recht am eigenen Bild Gebrauch zu machen. Die Ansprüche würden danach zwar zur Entstehung gelangen, seien aber nicht durchsetzbar²⁹⁵.

b) Gemäßigte Ansichten

aa) Geschäftsähnliche Handlung

Die heute überwiegend vertretene Auffassung von der Einwilligung als geschäftsähnlicher Handlung ist eine abgeschwächte Variante der Realaktstheorie. Zivilrechtliche Autoren, die sich von *Zitelmanns* Argumentation nicht überzeugen ließen, aber die Pfade des Zivilrechts nicht gänzlich verlassen wollten, ordneten die Einwilligung, soweit sie bloß auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist, nur als "Rechtshandlung" ein. Auf diese sollten die Vorschriften über Rechtsgeschäfte aber analog anzuwenden sein²⁹⁶. Diese Ansicht beherrscht bis heute die Kommentar- und Lehrbuchliteratur. Allerdings wurde der Begriff "Rechtshandlung"²⁹⁷, den auch der BGH in seiner Leitentscheidung²⁹⁸ verwendet hat, weitgehend durch den wohl auf *Larenz*²⁹⁹ zurückgehenden Begriff der "geschäftsähnlichen Erklärung" oder der "geschäftsähnlichen Handlung" ersetzt³⁰⁰. Zumeist wird zur Abgrenzung von den Rechtsgeschäften nicht mehr angeführt als das negative Kriterium "nicht auf den Eintritt einer Rechtsfolge gerichtet"³⁰¹. Bei *Ermann-Brox* heißt es allerdings, geschäftsähnliche Handlungen hätten insoweit Ähnlichkeit mit Rechtsgeschäften, als sie regelmäßig in dem Bewußtsein oder gar in der Absicht vorge-

²⁹⁴ *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S. 61.

²⁹⁵ v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, Einf. Rn 109.

²⁹⁶ *Planck-Flad*, BGB, Bd. II 2, § 823 Anm. 3 c), S. 1731; v. *Thur*, BGB, Bd. II 2, S. 467.

²⁹⁷ Hierzu ausführlich *Flume*, AT II, S. 104ff.

²⁹⁸ BGHZ 29, 33.

²⁹⁹ *Larenz*, Schuldrecht II, S. 594.

³⁰⁰ Nach *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn 4ff., ist der Begriff "Rechtshandlung" Oberbegriff und "geschäftsähnliche Handlungen" sind neben "rechtswidrigen Handlungen" und "Tathandlungen" ein Unterbegriff.

³⁰¹ *MüKo-Mertens*, BGB, § 823 Rn 32; *MüKo-Gitter*, BGB, Vor. § 104 Rn 79; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn 6; *Medicus*, AT, Rn 200; *Ermann-Brox*, BGB, 9. Aufl., Einl. § 104 Rn 6.

nommen würden, dass damit Rechtsfolgen ausgelöst werden. Dies sei der Grund für die entsprechende Anwendung der Regeln über Rechtsgeschäfte³⁰².

Auch bei *Soergel-Hefermehl* werden Zweifel an dem Dogma deutlich, dass es der Einwilligung am Rechtsfolgewillen fehle. Zunächst heißt es, die Einwilligung sei keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als Willensäußerung nur die Gestattung tatsächlicher Handlungen. Da durch die Einwilligung neben dem tatsächlichen Willen aber auch der rechtliche Wille gewährleistet werden solle, gebe es keinen Grund, derartige Willensäußerungen dem rechtsgeschäftlichen Bereich zu entziehen. So gelangt auch er zur analogen Anwendung der die rechtsgeschäftlichen Regeln³⁰³.

bb) Rechtsgeschäft – aber modifiziert

Nachdem die Rechtsgeschäftstheorie zeitweise fast nicht mehr vertreten wurde, befindet sie sich seit einem vielbeachteten Aufsatz von *Kohte*³⁰⁴ insbesondere im persönlichkeitsrechtlichen Schrifttum wieder im Vordringen. Die heutigen Vertreter dieser Ansicht differenzieren bei der Anwendung rechtsgeschäftlicher Normen stark nach dem jeweiligen Rechtsproblem. So lehnt *Rosener* die Anwendung der §§ 104ff. BGB als im Bereich höchstpersönlicher Rechte unpassend ab. Hier müsse dem Selbstbestimmungsrecht stärkere Bedeutung beigemessen werden als dem Verkehrsinteresse, dem die starre Standardisierung der Geschäftsfähigkeit diene und die für das Gebiet der Vermögensrechte auch durchaus angemessen sei³⁰⁵. Für Persönlichkeitsrechte dagegen verweist er auf die nach seiner Ansicht nachahmenswerte Vorschrift des § 19 des Schweizerischen ZGB, die folgenden Inhalt hat: "Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten. Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen.

³⁰² Erman-Brox, BGB, 9. Aufl., Einl. § 104 Rn 6.

³⁰³ Soergel-Hefermehl, BGB, § 107 Rn 19.

³⁰⁴ Kohte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105ff.

(...)"'. Zudem will er eine obere und untere Grenze festsetzen, jenseits derer immer bzw. niemals wirksam eingewilligt werden könne. Er schlägt vor, die untere Grenze bei 14 Jahren zu ziehen und die obere bei 18 Jahren. Dazwischen soll eine Beurteilung des Einzelfalls nach der geistigen und sittlichen Reife des Jugendlichen Platz greifen³⁰⁶. Auch die Vorschriften über die Anfechtung (§§ 119ff. BGB) will er wegen der seiner Ansicht nach unpassenden Fristenregelung auf die Einwilligung nicht angewendet wissen³⁰⁷.

Auch *Kohte* hält das vollständige Herauslösen der rechtfertigenden Einwilligung aus der Rechtsgeschäftslehre für teleologisch verfehlt und wertungswidersprüchlich. Da rechtfertigende Einwilligung und Rechtsgeschäft dem Selbstbestimmungsrecht dienen, biete es sich an, jeweils zuerst zu prüfen, ob für das fragliche Problem die jeweiligen rechtsgeschäftlichen Normen bzw. Wertungen passen oder ob Besonderheiten der Einwilligung andere Lösungen erforderlich machten³⁰⁸. Im Anschluss begründet er ausführlich, dass für die Fragen der Abgabe und des Zugangs die Verwendung rechtsgeschäftlicher Regeln nicht nur sachgerecht sei, sondern zudem ein wichtiges methodisches Mittel, um passive Hinnahme und aktive Rechtfertigung zu unterscheiden und fiktive Einwilligungskonstruktionen zu vermeiden³⁰⁹. Als wichtiges Kontrollinstrument für die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen sei auch die Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB notwendig und von der Funktion der Einwilligung her geboten³¹⁰. Auch die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle sei bei rechtsgeschäftlicher Deutung der Einwilligung zwanglos möglich, ohne, wie die im Arztrecht vorherrschende Meinung, mit dem Schutzzweck argumentieren zu müssen³¹¹. Für die Anwendung des § 138 BGB argumentiert er, dass dessen generalklauselartige Fassung geeignet sei, eine flexible und schnelle Erfassung neuer technologischer

³⁰⁵ *Rosener*, S. 137.

³⁰⁶ *Rosener*, S. 143ff.

³⁰⁷ *Rosener*, S. 152ff.

³⁰⁸ *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 120.

³⁰⁹ *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 121ff.

³¹⁰ *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 124ff.

³¹¹ *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 128ff.

Fragen im medizinischen (Gentechnologie) oder persönlichkeitsrechtlichen (Informationssysteme) Bereich zu gewährleisten³¹². Entgegen *Rosener* befürwortet *Kohte* auch für die Einwilligung die volle Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln. Auch die Einwilligung sei ein erklärungsbedürftiger Sozialakt. Demgemäß seien auch die Rechte anderer und legitimerweise geschütztes Vertrauen des Erklärungsempfängers berücksichtigungswert. Hierfür böte die Befristung des Anfechtungsrechts eine flexible Lösung³¹³. Nur für die Frage der Geschäftsfähigkeit wird die Anwendung rechtsgeschäftlicher Regeln für bestimmte Fälle einer Einwilligung in höchstpersönliche Rechtsgüter abgelehnt. So etwa für den ärztlichen Heileingriff. Hier sei eine Orientierung an bestehenden Teilmündigkeitsregelungen sinnvoll³¹⁴.

Diese differenzierte Sichtweise *Kohtes* konnte sich bisher im Zivilrecht nicht durchsetzen. Soweit ersichtlich finden sich nur in dem überschaubaren Teilbereich der besonderen Persönlichkeitsrechte Anhänger dieses Modells³¹⁵.

4. Stellungnahme

Die Darstellung des Meinungsstreits zeigt, dass die Abwendung von der rechtsgeschäftlichen Deutung der Einwilligung ihre Gründe wohl weniger darin hat, dass die Einwilligung als vollkommen anderer Rechtsakt-Typus kategorisiert wird – zumindest wenn man von der zuweilen angenommenen Einordnung als Realakt absieht. Vielmehr wird immer wieder die Ähnlichkeit oder Verwandtschaft zum Rechtsgeschäft betont. In diesem Sinne ist auch die überwiegend favorisierte analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Normen zu verstehen. Das zentrale dogmatische Argument ist die Aussage, die Einwilligung sei nicht final auf eine

³¹² *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 131ff.

³¹³ *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S.139ff.

³¹⁴ So etwa an § 36 SGB I, wonach bereits 15jährige Anträge auf Sozialleistungen stellen können und die gesetzlichen Vertreter hierüber nur unterrichtet werden sollen. Maßstab für die Auslegung dieser Soll-Vorschrift ist das Kindeswohl. Gemäß § 36 Abs. 2 SGB I können die gesetzlichen Vertreter durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen wieder einschränken.

³¹⁵ *Helle*, S. 102ff.; *ders.*, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 97; *Dasch*, S. 38ff., 57.

rechtliche Regelung und einen Rechtserfolg bezogen, es gehe nur um eine tatsächliche Handlung, einen bloß faktischen Eingriff. Von der Art der Handlung darf aber nicht auf die Rechtsnatur der Erlaubnis geschlossen werden. Eine "Erlaubnis zu tatsächlichen Eingriffen" ist keine "tatsächliche Erlaubnis"³¹⁶. Entgegen *Zitelmann* verleiht die Einwilligung, so wie sie sich hier als unterste Stufe der Stufenleiter der Gestattungen darstellt, wegen ihrer jederzeitigen Widerruflichkeit wohl kein subjektives Recht³¹⁷. Das ist aber auch keine Voraussetzung, um ein Rechtsgeschäft bejahen zu können. Rechtsgeschäfte sind sämtliche Aktstypen, welche nach der Rechtsordnung den Sinn haben, dass die Einzelnen durch sie nach ihrem Willen Rechtsverhältnisse schöpferisch gestalten³¹⁸. So kann Privatautonomie als das Vermögen des Einzelnen, durch Rechtsgeschäfte Rechtsfolgen zu bestimmen, definiert werden³¹⁹. Dabei ist der Begriff des Rechtsgeschäfts vollkommen oder zumindest weitgehend identisch mit dem Begriff der Willenserklärung. Jedenfalls gehört zu jedem Rechtsgeschäft die Willenserklärung³²⁰.

Wenn man sich nun den Mindesttatbestand einer Willenserklärung vergegenwärtigt, gehört der Rechtsfolgewille zum objektiven Erklärungstatbestand³²¹. Er wird zuweilen auch als Geschäftswille bezeichnet³²². Um den Inhalt und die Anforderungen an den Rechtsfolgewillen zu bestimmen, ist es hilfreich ihn von dem übrigen Wollen des Erklärenden zu trennen. Wer im Rechtsverkehr eine Willenserklärung abgibt, denkt dabei in erster Linie an den tatsächlichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg. Der Käufer will die Ware haben, der Verkäufer das Geld. Zum Rechtsgeschäft wird dieses Wollen aber erst, wenn der tatsächliche Effekt auch als rechtlich verbindlich gewollt ist. Die Absicht des Erklärenden muss sich auf einen rechtlich gesicherten Erfolg beziehen und damit auf Rechts-

³¹⁶ *Rosener*, S. 119.

³¹⁷ *Rosener*, S. 107, anders *Dasch*, S. 49. Zum Begriff des subjektiven Rechts vgl. die Inhaltsbestimmung (unter ausdrücklicher Vermeidung einer Definition, die notwendigerweise nichtssagend sein würde) *Larenz*, AT, § 13, S. 209ff.

³¹⁸ *Flume*, AT II, § 2 I, S. 24.

³¹⁹ *Larenz*, AT, § 19 I, S. 334.

³²⁰ *Flume*, AT II, § 2 Nr. 1, S. 25f.; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn 2.

³²¹ *Soergel-Hefermehl*, BGB, Vor. § 116 Rn 19.

³²² *MüKo-Kramer*, BGB, Vor. § 116 Rn 13.

folgen. Dabei muss nicht die Gesamtheit der Rechtsfolgen bedacht sein, es reicht aus, wenn nur irgendeine Geltung des tatsächlichen Effekts in der Rechtsordnung in den Willen aufgenommen ist³²³.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Einwilligung in einen Eingriff im höchstpersönlichen Bereich, etwa in eine Operation, ist kaum denkbar, dass der Wille des Betroffenen im Moment der Einwilligungserklärung nicht auch die Tatsache umfasst, dass der tatsächlichen Handlung rechtliche Wirkung zukommt. Die Einwilligung besagt ja nichts anderes als "du darfst, obwohl ich es dir verbieten könnte". Anders ausgedrückt: Wer einwilligt, weiß, dass der Eingriffsakt durch die Rechtsordnung sanktioniert ist. Besonders deutlich wird dies bei stark formalisierten Akten, wie der medizinrechtlichen Einwilligung, wo der Einwilligende auf die Rechtsfolgen sogar ausdrücklich aufmerksam gemacht wird. Das Argument, des bei der Einwilligung fehlenden Rechtsfolgewillens, greift demnach nicht durch³²⁴.

Schon gar nicht kommt die Einordnung als Realakt in Betracht. Das zeigt schon ein Vergleich mit den sonstigen als Realakte qualifizierten tatsächlichen Handlungen, etwa Fund (§ 965 BGB) oder Verbindung und Vermischung (§§ 946-948 BGB). Im Gegensatz hierzu ist die Einwilligung Akt sozialer Kommunikation verbunden mit einem Aussagewert und letztlich auch einem final auf Rechtsgestaltung gerichteten Willen.

Ist damit zwar das wesentliche dogmatische Argument ausgeräumt, bleibt doch das Wissen, dass bei vielen Kritikern der Rechtsgeschäftslehre sich das Unbehagen in Wahrheit daraus speist, dass einige Vorschriften, die das BGB für Rechtsgeschäfte aufstellt, im persönlichkeitsrechtlichen Bereich zu unpassenden Ergebnissen führen – was wohl als der eigentliche Auslöser für die Entfernung von der vertrauten zivilrechtlichen Kategorie des Rechtsgeschäfts angesehen werden muss. Nun stellt unsere Zivilrechtsordnung mit dem Rechtsgeschäft aber ein In-

³²³ Vgl. *Flume*, AT II, § 4 Nr. 5, S. 51ff.; *Larenz*, AT, § 19 I, S. 334f.; *Soergel-Hefermehl*, BGB, Vor. § 116 Rn 19; *MüKo-Kramer*, BGB, Vor. § 116 Rn 13.

strument zur Verfügung, das von der Entstehung bis zum Erlöschen von bewährten Normen bestimmt und jahrzehntelanger Judikatur begleitet wird. Wer sich davon löst, muss ein gleichwertiges Gegenstück vorweisen können. Das leistet die Lehre von den geschäftsähnlichen Handlungen nicht. Auch wenn die rechtsgeschäftlichen Normen weitgehend analog angewandt werden sollen, ist es doch etwas anderes, aus der Perspektive der Ausnahme auf die Regel zu schauen als aus der Perspektive der Regel die Ausnahme zu beurteilen. Der eine ist gezwungen, vom Hügel des Einzelfalls auf dem Berg der Regelfälle eine übereinstimmende Interessenlage zu suchen, der andere kann mit der Gelassenheit dessen, dem bereits eine Lösung zur Verfügung steht, versuchen, das konkret gefundene Recht zu justieren. Die hier im Blickpunkt stehenden Persönlichkeitsrechte dienen sämtlich der Verwirklichung und Sicherung von Selbstbestimmung. Das Rechtsgeschäft ist das vom Recht bereitgestellte Instrument der Ausübung dieser Selbstbestimmung als Selbstgestaltung der Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten.

Entgegen der oben wiedergegeben Ansicht *v. Gamm's* soll aber betont werden, dass es sich bei der Einwilligung keineswegs zwingend um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt. Auch die einseitige Willenserklärung kann bereits die Eingriffsbefugnis bewirken. Das ergibt sich hier schon aus der oben vorgenommenen Differenzierung zwischen (widerruflicher) einseitiger Einwilligung und dem auch möglichen Gestattungsvertrag. Die Abgrenzung bestimmt sich durch Auslegung nach dem zugrunde liegenden Rechtsbindungswillen.

Mit der Entscheidung zugunsten der rechtsgeschäftlichen Beurteilung der Einwilligung ist zugleich der Weg vorgegeben für die Bestimmung der Wirksamkeitsvoraussetzungen und der Erlöschengründe, die sogleich in Teil E. der Arbeit vorgenommen werden soll. Vorausgeschickt werden soll an dieser Stelle bereits, dass die begriffliche Einordnung nur die Methode vorgibt. Inwieweit die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel und Nichtigkeit anwendbar sind,

³²⁴ So im Ergebnis auch *Rosener*, S. 116ff.; *Soergel-Hefermehl*, BGB, Vor § 116 Rn 24; Nur ein-

kann aber nicht schablonenmäßig geprüft werden, sondern muss immer die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts als Richtschnur haben³²⁵.

E. Dispositions Voraussetzungen bei Persönlichkeitsrechten

I. Aufklärung

1. Allgemein

Voraussetzung jeder bewußten Entscheidung ist, dass man weiß, worum es geht. Was ist Gegenstand meiner Entscheidung und welche Folgen wird meine Entscheidung nach sich ziehen? Da jeder selbst am besten weiß, worauf es ihm ankommt und auch die Folgen einer Entscheidung zu einem großen Teil von der jeweiligen persönlichen Lebenssituation abhängen, leuchtet es ein, dass jeder zunächst auch selbst dafür verantwortlich ist, sich die für seine Entscheidung aus seiner Sicht relevanten Informationen zu beschaffen. Das Informationsrisiko liegt also beim Erklärenden. So ist auch die Ausgangslage des Gesetzes und der Rechtsprechung. Das BGB sieht erst dann den Erklärungsempfänger in der Informationspflicht, wenn das Verschweigen der Information eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB darstellt³²⁶. Die Rechtsprechung hat weitergehende Aufklärungspflichten in einigen Fällen aus § 242 BGB hergeleitet³²⁷. Zunehmend werden Informationspflichten auch sondergesetzlich geregelt. So etwa in § 31 Abs.2 Nr.2 WpHG für Wertpapierdienstleistungen³²⁸, nach § 53 Abs.2 BörsG als Voraussetzung für die Termingeschäftsfähigkeit oder die Prospektpflicht bei Kapitalanlagen in § 36 BörsG, Verkaufsprospektgesetz, etc.³²⁹ Dort geht es um vermögensrechtliche Austauschgeschäfte, bei denen die Aufklärungspflicht in erster

geschränkt zustimmend: *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, S. 117ff., 120.

³²⁵ In diesem Sinne auch *Soergel-Hefermehl*, BGB, Vor. § 116 Rn 24.

³²⁶ *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 123 Rn 5.

³²⁷ Übersicht bei *Erman-Werner*, BGB, § 242 Rn 63.

³²⁸ Hierzu *Assmann/Schneider-Koller*, Wertpapierhandelsgesetz, § 31 Rn 96ff.

³²⁹ Vgl. die Übersicht bei *MüKo-Roth*, BGB, § 242 Rn 268.

Linie der Sicherung des Leistungsinteresses dient. Der vertraglich bezweckte Leistungserfolg soll ermöglicht bzw. gesichert werden³³⁰. Davon zu unterscheiden sind Aufklärungspflichten, die der Sicherung des Integritätsinteresses dienen. Hier geht es um den Schutz und die Erhaltung der Rechtsgüter der Vertragspartner. Die Aufklärung hat hier in erster Linie die Funktion einer Warnung vor Gefahren des geschäftlichen Kontrakts oder des Leistungsgegenstandes. Im Zivilrecht werden solche Aufklärungspflichten üblicherweise unter die vertraglichen Schutzpflichten subsumiert³³¹. Für den vorliegend behandelten Bereich der Persönlichkeitsrechte ist letztere Funktion der Aufklärungspflichten relevant.

In diesem Zusammenhang nimmt die Aufklärung im Rahmen einer Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff eine herausragende Stellung ein, was die Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Lehre betrifft. Sie ist in allgemeiner Form gesetzlich nicht geregelt. Einige Normen aus dem medizinischen Bereich sehen sie aber ausdrücklich vor (§ 40 Abs.1 Nr.2 AMG, § 8 Abs.2 TPG (Lebendspende von Organen), § 6 TFG (Blutspende), etc.). Hiervon abgesehen findet sich nur noch in Bezug auf die datenschutzrechtliche Einwilligung eine normierte Aufklärungspflicht (§ 4a BDSG) im Zusammenhang mit einem Persönlichkeitsrecht. Auch von der Rechtsprechung statuierte Aufklärungspflichten sind ansonsten nicht ersichtlich. Es kann also nicht ohne weiteres angenommen werden, dass jede Einwilligung im persönlichkeitsrechtlichen Bereich eine besondere Aufklärung in diesem Sinne voraussetzt³³².

Die in zweiten Teil der Arbeit vorzunehmende Analyse der wichtigsten Eigenheiten der Informationspflicht im Vorfeld einer datenschutzrechtlichen Einwilligung wird aber erleichtert, wenn zunächst eine abstrakte Auseinandersetzung mit Funktion, Inhalt und Reichweite von Aufklärungspflichten stattgefunden hat. Hierzu bietet sich die medizinrechtliche Aufklärungspflicht nicht nur deshalb an, weil sie reiches Anschauungsmaterial liefert, sondern auch, weil es hier um das "Per-

³³⁰ Hierzu Soergel-Teichmann, BGB, § 242 Rn 134ff.

³³¹ MüKo-Roth, BGB, § 242 Rn 264; Soergel-Teichmann, BGB, § 242 Rn 180.

³³² In diesem Sinne aber Baston-Vogt, S. 242.

sönlichkeitsrecht am eigenen Körper" geht, das am ehesten mit den sonstigen Persönlichkeitsrechten, wie etwa dem hier gegenständlichen "Identitätsdatenrecht"³³³ in Beziehung zu setzen ist. Die Vorbildfunktion der ärztlichen Aufklärungspflicht im Bereich der Persönlichkeitsrechte zeigt sich nicht zuletzt daran, dass in der Literatur zum Teil eine Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung auf sämtliche persönlichkeitsrechtliche Eingriffsgestattungen diskutiert wird³³⁴.

Obwohl dieser Ansatz hier prinzipiell geteilt werden soll, wird doch zu zeigen sein, dass die speziell medizinrechtlichen Anforderungen an die Aufklärung zu sehr auf die Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses hin angelegt sind, um voll übertragbar zu sein. Stattdessen soll zusätzlich, anhand der im Anschluss erfolgenden Erörterung von Informations- und Warnpflichten im Recht der Produkthaftung, ein Unterfall der Aufklärungspflichten näher beleuchtet werden, der in stärkerem Maße die Erfordernisse des alltäglichen Rechtsverkehrs berücksichtigt.

2. Medizinrechtliche Aufklärungspflicht

Eine allgemeine ärztliche Aufklärungspflicht wurde von der Rechtsprechung - nach vereinzelt gebliebenen Vorläuferurteilen - erst seit Mitte der fünfziger Jahre angenommen. Die ersten Fälle betrafen Behandlungen von Patienten mit Elektroschocks, ohne dass diese zuvor über die Risiken aufgeklärt worden waren³³⁵. Als grundlegend für diese Rechtsprechung kann die Arbeit von *Eberhard Schmid*, *Der Arzt im Strafrecht*, aus dem Jahr 1939 gelten³³⁶.

a) Zweck – Sicherung der Selbstbestimmung

Zur rechtlichen Begründung der Aufklärungspflicht wird in erster Linie auf den Aspekt der Wahrung der Selbstbestimmung des Patienten abgestellt. Die Einwilligung sei Ausdruck der grundlegenden Rechtsvorstellung, dass die rechtliche Be-

³³³ Zu diesem Begriff siehe Zweiter Teil, A., IV.

³³⁴ *Baston-Vogt*, S. 242.

³³⁵ BGH, NJW 1956, 1106, 1107 (v. 10.07.1954); BGHZ 29, 46 (v. 09.12.1958).

ziehung zu anderen sich prinzipiell nicht auf Macht oder Zwang, sondern auf Konsens und auf die Achtung vor der Entschließungsfreiheit gründe³³⁷. Es wird deshalb auch von der "Selbstbestimmungsaufklärung" gesprochen. In Abgrenzung zur so genannten "Sicherungsaufklärung" oder therapeutischen Aufklärung, bei der es um die Warnung vor eigenem Verhalten geht, das den Heilerfolg in Frage stellt³³⁸.

Zutreffend weist *Geilen* darauf hin, dass die Einwilligung eine Risikoübernahme darstellt. Die Aufklärung hat in diesem Sinne den Zweck, zu einer möglichst fehlerfreien Motivation bei der Übernahme eines Risikos für Körper und Gesundheit zu sorgen³³⁹. Die Verlagerung der Informationsverantwortung auf den Erklärungsempfänger stellt insofern eine staatlich verordnete "Selbstbestimmungsfürsorge" im Sinne der oben dargestellten Wahrnehmung der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte dar, die im Dreiecksverhältnis immer zu Gunsten des einen und zum Nachteil des anderen Privaten gereicht.

b) Inhalt – "informierte Risikoabwägung"

Gegenstand und Inhalt der Aufklärung bestimmen sich nach deren Ziel, eine selbstbestimmte Entscheidung herbeizuführen. Die Aufklärung soll dem Patienten ermöglichen, Art, Bedeutung, Ablauf und Folgen des medizinischen Eingriffs in den Grundzügen zu verstehen. Der Patient soll zu einer "informierten Risikoabwägung" in der Lage sein³⁴⁰. Dazu gehört, dass er neben den sicheren Folgen (Verlaufsaufklärung), auch über die Risiken und möglichen Nebenwirkungen der Behandlung aufgeklärt wird (Risikoaufklärung)³⁴¹. Auch etwaige Auswirkungen auf die berufliche und private Lebenssituation sind zu berücksichtigen³⁴².

³³⁶ Dort insbesondere S. 96, 98f. Mehrfach zitiert von BGHZ 29, 46, 50, 57, 58

³³⁷ BGHZ 52, 131, 172f.

³³⁸ MüKo-Mertens, BGB, § 823 Rn 419.

³³⁹ *Geilen*, S. 168.

³⁴⁰ MüKo-Mertens, BGB, § 823 Rn 423.

³⁴¹ *Deutsch*, Medizinrecht, Rn 112ff; *Laufs/Uhlenbruck-Laufs*, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn 11ff.

³⁴² MüKo-Mertens, BGB, § 823 Rn 419.

Entsprechend der Herleitung der Aufklärungspflicht aus dem Selbstbestimmungsrecht, wird verlangt, dass der Patient subjektiv in die Lage versetzt wird, eine angemessene Einschätzung des Eingriffsrisikos vorzunehmen. Danach kommt nur eine individuelle, auf den jeweiligen Patienten abgestimmte, Aufklärung in Betracht. Insbesondere können Formulare das Aufklärungsgespräch nicht ersetzen³⁴³. In diesem Zusammenhang kritisiert *Ohly*, dass die durch die Aufklärung herbeigeführte Autonomie nur Ergebnis einer rechtlichen Zuschreibung sei. Häufig seien Patienten gar nicht in der Lage, die ärztliche Information zu verarbeiten und die Risiken der Behandlung realistisch einzuschätzen. Diese Tatsache spreche zwar nicht gegen die Aufklärungspflicht als solche, wohl aber gegen die seiner Ansicht nach psychologisch fragwürdige Zweiteilung zwischen angeblich fehlender Selbstbestimmung bei fehlerhafter Aufklärung und angeblicher Autonomie nach pflichtgemäßer Belehrung. Es sei überzeugender, den normativen Ausgangspunkt einer Pflichtverletzung zu wählen: Habe der Arzt seine - freilich auf die Verständnismöglichkeiten des Patienten zugeschnittene - Pflicht erfüllt, so sei es unerheblich, ob der Patient in seinem Innersten die Information wirklich verstanden und verarbeitet hat³⁴⁴. Diese Ansicht betont zutreffend, dass letztlich nur die Voraussetzungen für eine Risikoabwägung des Patienten geschaffen werden können – der gedankliche Vorgang selbst bleibt dem Patienten überlassen. Problematisch im Hinblick auf eine Verallgemeinerung von Aufklärungspflichten auf andere Persönlichkeitsrechte ist der Einschub, dass die Aufklärung auf die Verständnismöglichkeiten des Patienten zugeschnitten sein müsse. Das setzt ein Maß an individueller Auseinandersetzung voraus, das im Arzt-Patienten-Verhältnis vorhanden sein mag, im übrigen Rechtsverkehr jedoch die Ausnahme bildet.

c) Folgen

Eine ohne ordnungsgemäße Aufklärung erfolgte Einwilligung ist nichtig. Da der ärztliche Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung gewertet wird, fun-

³⁴³ MüKo-Mertens, BGB, § 823 Rn 442.

giert die Einwilligung hier als Rechtfertigungsgrund. Die Verletzung von Aufklärungspflichten macht damit auch die kunstgerecht und fehlerfrei vorgenommene Behandlung zu einer Straftat – jedenfalls sofern nicht andere Rechtfertigungsgründe, wie mutmaßliche Einwilligung oder rechtfertigender Notstand, eingreifen. Zudem haftet der Arzt für alle aus dem Eingriff entstandenen Schäden³⁴⁵.

Hieran wird deutlich, dass Zweck von Aufklärungspflichten eben nicht nur die Sicherung selbstbestimmter Entscheidung ist, sondern immer auch Haftungsbegrenzung für den Erklärungsempfänger. Wer die Aufklärungspflicht auf den ersten Aspekt verengt, wird bei der Beurteilung von Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufklärung die subjektive Perspektive des Aufzuklärenden einnehmen. Ein solches Vorgehen ist für das Massengeschäft nicht geeignet. Wie eine Objektivierung aussehen könnte, soll die Erörterung von Informations- und Warnpflichten im Produkthaftungsrecht zeigen³⁴⁶.

d) Verzicht auf Aufklärung

Aus der Annahme, dass das Erfordernis der informierten Einwilligung Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts ist, folgt, dass der Betreffende auf die Aufklärung auch verzichten können muss. Im medizinrechtlichen Schrifttum wird die Möglichkeit des Aufklärungsverzichts dennoch mit größter Zurückhaltung angenommen. Ein Blankoverzicht soll keinesfalls möglich sein. Der Patient müsse zumindest die Erforderlichkeit des Eingriffs kennen, dessen Art und den Umstand, dass die Operation nicht ganz ohne Risiko verlaufe. Grundsätzlich könne der Patient also nur auf die Information über Einzelheiten des Verlaufs und von Gefahren verzichten³⁴⁷. Sobald dieser für den Patienten absehbare Rahmen der Behandlung überschritten werde, müsse der Patient erneut befragt werden³⁴⁸.

³⁴⁴ *Ohly*, S. 388.

³⁴⁵ *MüKo-Mertens*, § 823 Rn 453.

³⁴⁶ Dazu sogleich unten 3.

³⁴⁷ *Laufs/Uhlenbruck-Laufs*, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rn 17f.

³⁴⁸ *MüKo-Mertens*, BGB, § 823 Rn 445 unter Verweis auf OLG Ffm, NJW 1973, 1415, 1416.

3. Instruktions- und Warnpflichten im Produkthaftungsrecht

Bei der Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff steht der Eigennutz des Patienten ganz im Vordergrund. Der Arzt will dem Patienten helfen, ihn heilen. Er unterliegt einer Berufsethik, die sein Handeln als personalen Dienst am Patienten begreift, dessen oberste Prämisse der Heilerfolg ist³⁴⁹. Diese ethische Dimension ist sonstigen Vorgängen des Wirtschaftslebens weitgehend fremd. Sie läßt sich insbesondere auch nicht verallgemeinernd auf Rechtsgeschäfte mit persönlichkeitsrechtlichem Bezug übertragen. Kennzeichnend für das Verhalten des homo oeconomicus ist vielmehr das Austauschverhältnis. Der eine gibt etwas, um dafür eine Gegenleistung zu bekommen. Das gilt auch für die Einwilligung in Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, die im hier interessierenden Regelfall einen kommerziellen Hintergrund hat. Diese kommerzielle Einwilligung könnte man daher im Gegensatz zur medizinrechtlichen Einwilligung auch als "fremdnützige" Einwilligung bezeichnen.

Neben diesem Aspekt ist aber auch die individuelle Nähe des Eingreifenden zum Einwilligenden, wie sie für das Arzt-Patienten-Verhältnis typisch ist, im sonstigen Rechtsverkehr schon heute die Ausnahme und wird mit Zunahme des elektronischen Geschäftsverkehrs weiter in den Hintergrund gedrängt. Um im Hinblick auf Informationspflichten für das Vertragsrecht der Persönlichkeitsrechte eine geeignetere Richtschnur zu finden, sollte daher der Blick auf Bereiche des Rechts gelenkt werden, in denen das anonyme Massengeschäft den Regelfall bildet.

a) Aufklärung als Sorgfaltspflicht

Wer im Vorfeld der Disposition über Persönlichkeitsgüter dem Erklärungsempfänger eine Informationspflicht aufbürdet, verfolgt das Ziel, dem Einwilligenden im als besonders sensibel eingeschätzten höchstpersönlichen Bereich mögliche Risiken und Folgewirkungen seiner Entscheidung aufzuzeigen. Dieser Aspekt wird treffend als "Selbstbestimmungsfürsorge" bezeichnet. Man könnte in einem

weiten Sinne auch von "Sorgfalt" sprechen. Der Eingreifende wird in besonderer Weise, über das vom Gesetzgeber ansonsten vorgesehene Maß hinausgehend, zu sorgfältigem Verhalten gegenüber dem Betroffenen verpflichtet. Das ist auch der Anknüpfungspunkt des Produkthaftungsrechts. Obwohl die Pflichten hier gegenstandsbezogen formuliert sind, geht es nicht um "Produktfehler" im eigentlichen Sinne, sondern um Sorgfaltspflichten des Warenherstellers. Es handelt sich um Pflichten zu sorgfältigem Verhalten in den Bereichen Konstruktion, Fabrikation, Instruktion und Produktbeobachtung. Die Haftung für Produktfehler ist also Haftung für objektive Sorgfaltswidrigkeit³⁵⁰.

b) "Assumption of Risk" – Handeln auf eigene Gefahr im us-amerikanischen Recht

Ein Blick in das us-amerikanische Recht macht die Nähe zur Einwilligung, wie sie den Gegenstand dieser Arbeit bildet, noch deutlicher. Unter der Bezeichnung "assumption of risk" firmiert dort die bewußte und freiwillige Übernahme eines Risikos, das von einem Mangel oder einem Fehler eines Produkts ausgeht³⁵¹. Kann der Beklagte in einem Prozess das Einverständnis des Klägers darlegen, ein vorhandenes Risiko in Kauf zu nehmen, wird der Beklagte vollständig oder zumindest teilweise von der Haftung freigestellt. Es handelt sich demnach gewissermaßen um die Einrede des "Handelns auf eigene Gefahr". Betrachtet man die wesentlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen von einer assumption of risk ausgegangen werden kann, zeigt sich eine interessante Parallele zu den Einwilligungsvoraussetzungen, wie sie im deutschen Recht unter dem Gesichtspunkt der Sicherung von Selbstbestimmung angenommen werden:

- (1) der Handelnde kennt das Risiko;
- (2) der Handelnde erfaßt das Risiko, d.h. er ist sich dessen bewußt;

³⁴⁹ Zum hippokratischen Eid siehe Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, Handbuch des Arztrechts, § 4 Rn 13ff.

³⁵⁰ MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn 572.

³⁵¹ Dazu näher v. Westphalen-*Debusschere/Kretschmar*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 2, § 114, S. 332ff.

(3) der Handelnde schätzt das Risiko richtig ein;

(4) der Handelnde setzt sich freiwillig dem Risiko aus.³⁵²

Eine freiwillige Risikoübernahme kann nicht angenommen werden, wenn der Betreffende keine andere genügend wirklichkeitsnahe Alternative für sein Handeln hatte³⁵³. Ein Aspekt, auf den im Zusammenhang mit dem datenschutzrechtlichen Kopplungsverbot noch zurückzukommen sein wird.

Anhand der oben genannten Kriterien wird deutlich, dass zu den Fallgestaltungen, bei denen eine assumption of risk in Betracht kommt, gerade auch das Mißachten von Risikohinweisen gehört. Wenn also bspw. jemand eine Warnung vor unrichtigem Gebrauch einer Anlage, eines Gerätes oder dergleichen liest und sich dann bewußt der Gefahr aussetzt, vor der durch den Hinweis gewarnt worden war³⁵⁴.

c) Inhalt und Grenzen der Instruktionspflicht

Im deutschen Recht bilden Instruktionspflichten eine eigene Produktfehlerkategorie, die dank umfangreicher Rechtsprechung zum Teil verallgemeinerungsfähige Aussagen im Hinblick auf Inhalt, Umfang und Ausgestaltung von Verbraucherinformation zuläßt. Generell muss die Instruktion für den Konsumenten klar, ausführlich genug, verständlich und ausreichend sichtbar sein³⁵⁵. Zunächst ist der Hersteller verpflichtet, den Nutzer in den bestimmungsmäßen Gebrauch des Produkts einzuweisen und über dessen sicherheitsrelevante Eigenschaften zu informieren³⁵⁶. Insbesondere auf unvermeidbare Gefahren ist hinzuweisen, damit dem Konsumenten eine Nutzen-Risiko-Abwägung möglich wird³⁵⁷. Darüber hinaus ist auch über Gefahren aufzuklären, die aus vorhersehbarem Fehlgebrauch resultieren. Selbst vor Produktmissbrauch durch Zweckentfremdung ist gegebenenfalls zu

³⁵² v. Westphalen-*Debusschere/Kretschmar*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 2, § 114 Rn 1, S. 333 unter Bezug auf die Comments b, c und d zu § 496 (d) Restatement (Second) of Torts.

³⁵³ v. Westphalen-*Debusschere/Kretschmar*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 2, § 114 Rn 1, S. 333.

³⁵⁴ v. Westphalen-*Debusschere/Kretschmar*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 2, § 114 Rn 7, S. 334.

³⁵⁵ Einen Überblick mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen liefert v. Westphalen-*Foerste*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 176ff.

³⁵⁶ MüKo-*Wagner*, BGB, § 823 Rn 588.

³⁵⁷ BGH, NJW 1975, 824 – Haartonikum; LG Aachen, JZ 1971, 507, 516 – Contergan.

warnen. Bekannt geworden ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zum Einsatz von Trinkflaschen als Dauernuckel für Kleinkinder³⁵⁸.

Die Intensität und der Umfang der Instruktionspflicht hat sich an der Schwere der drohenden Schäden und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts zu orientieren³⁵⁹. Vor entfernten Gefahren bzw. solchen, die nur unter seltenen Umständen drohen, ist daher nur beschränkt zu warnen. Eine perfekte Gefahrsteuerung kann weder zugemutet noch erwartet werden³⁶⁰. Spätestens dann findet die Informationspflicht ihre Grenzen, wenn eine "Überdosierung" an Warnungen droht und deshalb zu befürchten ist, dass der Verbraucher sie nicht zur Kenntnis nimmt, weil sein Aufnahmevermögen und seine Aufnahmebereitschaft mit zunehmendem Umfang der Aufklärung sinken³⁶¹. Verfehlt ist daher eine detaillierte Beschreibung von Gefahren, deren Eintrittswahrscheinlichkeit gering ist. Dieser Aspekt des ökonomischen Umgangs mit Warnungen gewinnt gerade vor den Erkenntnissen der modernen Risikoforschung Bedeutung. Jede Aufklärung muss die begrenzte Kognition des einzelnen berücksichtigen. Dazu gehört auch, dass Risiken eher nach Auffälligkeit der Ereignisse (Eisenbahnunglück, Lottogewinn) als nach rationaler Abwägung bemessen werden. Zudem muss von einer "short term perspective" ausgegangen werden. Die Risikobereitschaft steigt mit der zeitlichen Entfernung der drohenden Risikoverwirklichung (Rauchen in jungen Jahren)³⁶². Die begrenzte Kognition führt auch dazu, dass eine Warnung um so eher infolge selektiver Wahrnehmung oder Bequemlichkeit vernachlässigt wird, desto allgemeiner und abstrakter die Warnung formuliert ist. Je größer das Risiko, desto mehr Sorgfalt muss daher auf die Beschreibung der drohenden Gefahr verwandt werden. Schar-

³⁵⁸ BGHZ 116, 60, 65 – Kindertee I. Die Möglichkeit eines bewußten und gravierenden Mißbrauchs, etwa die Verwendung von Kältemittel oder Klebstoff als Rauschmittel muss aber nicht berücksichtigt werden: BGH, NJW 1981, 2514, 2515 – Kältemittel; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2001, 1174 – Klebstoff.

³⁵⁹ MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn 591.

³⁶⁰ v. Westphalen-Foerste, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 200.

³⁶¹ Vgl. etwa BGH, NJW 1987, 372, 373 – Verzinkungsspray.

³⁶² Hierzu näher und kritisch im Hinblick auf die individuelle Fähigkeit zum Selbstschutz MüKo-Roth, BGB, § 242 Rn 275f.

fes Nachdenken oder das Ziehen von Rückschlüssen kann dann nicht Voraussetzung sein.³⁶³

Was die formale Ausgestaltung der Verbraucherinstruktion betrifft, gilt das Effizienzgebot. Es bleibt also dem Hersteller überlassen, in welcher Form die gebotene Instruktion erfolgt, sofern sie nur effizient ist³⁶⁴. Allerdings hat die Rechtsprechung entschieden, dass bei mehreren Warnhinweisen die wichtigeren Hinweise voranzustellen sind³⁶⁵.

d) Verbraucherleitbild

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf eine mögliche verallgemeinernde Anwendung der in diesem Bereich des Rechts gewonnenen Erkenntnisse ist die Tatsache, dass hier eine Auseinandersetzung mit dem zugrunde zu legenden Verbraucherleitbild bei der Wahrnehmung von Aufklärungspflichten stattgefunden hat.

Im Produkthaftungsrecht herrscht Einigkeit, dass sich Inhalt, Umfang und Ausgestaltung der Verbraucherinformation nicht am individuellen Aufklärungsbedürfnis orientieren können. Dagegen sprechen bei Massenprodukten schon Praktikabilitätsabwägungen. Stattdessen ist für das anzuwendende Maß an Sorgfaltsaufwand zunächst zu bestimmen, an welche Verkehrskreise sich ein Produkt richtet³⁶⁶. Einige Waren sind nur für die gewerbliche Nutzung durch Fachleute bestimmt. Dann kann sich die Information an der vorhandenen Sachkunde dieser Gruppe orientieren³⁶⁷. Freilich weichen auch innerhalb einer solchen Gruppe, Fachwissen, Erfahrung und Bildungsstand von einander ab. Maßgeblich kann dann nur das durchschnittlich zu erwartende Maß an Sachkunde sein³⁶⁸. Andere Produkte richten sich dagegen an verschiedene Verkehrskreise und sind insbeson-

³⁶³ v. Westphalen-Foerste, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 209 m.w.N.

³⁶⁴ v. Westphalen-Foerste, Produkthaftungshandbuch Bd. 1, § 24 Rn 202ff.

³⁶⁵ BGH, NJW 1995, 1286, 1287 – Kindertee III.

³⁶⁶ MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn 574.

³⁶⁷ MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn 574.

³⁶⁸ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 288 – Strukturputz; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1993, 990, 992 – Pistolensicherung.

dere auch für Laien frei zugänglich. In diesem Fall gilt die Regel, dass sich der zu betreibende Sorgfaltsaufwand am Schutz der sensibelsten Gruppe zu orientieren hat, deren Angehörige zur eigenverantwortlichen Gefahrsteuerung am wenigsten in der Lage sind³⁶⁹. Aber auch für die sensibelste Verbrauchergruppe ist ein Mindestmaß an vorhandenem Risikobewußtsein vorauszusetzen. Der normative Maßstab ist dann der ordentliche Durchschnittsmensch, dem die Kenntnis typischer Risiken und Gefahrenquellen durch Erziehung, Lebenserfahrung, Schule, Massenmedien, etc. vermittelt wurde³⁷⁰. Stärker als im Medizinrecht kann hier betont werden, dass das Abstellen auf den ahnungslosesten bzw. sorglosesten Verbraucher die gesellschaftliche Arbeitsteilung und die Eigenverantwortung des Konsumenten aushöhlen und den Hersteller mit einer Betreuungsfunktion belasten würde³⁷¹. Ein solches Vorgehen würde über den Zweck der Instruktionspflichten hinausgehen, eine selbstverantwortliche Gefahrensteuerung zu ermöglichen³⁷².

Die Notwendigkeit und Praktikabilität dieser Sichtweise wird anhand von Fällen deutlich, in denen versucht wurde, Haftungsansprüche durchzusetzen wegen fehlender Warnungen vor Gefahren, deren Kenntnis nach allgemeinem Erfahrungswissen vorausgesetzt werden kann. So müssen hochgradig Osteoporosekranke nicht vor der Benutzung von Auto-Scootern und Wasserrutschen gewarnt werden³⁷³. Ebenso muss der Vizepräsident eines Landgerichts nicht davor gewarnt werden, dass exzessiver Konsum von Süßigkeiten zu Fettleibigkeit führt³⁷⁴.

Die Orientierung am Kenntnisstand des Durchschnittsverbrauchers führt auch dazu, dass Kinder- und Jugendliche grundsätzlich nicht das Leitbild bei der Wahrnehmung von Aufklärungspflichten sein können. Statt eine speziell auf die Unerfahrenheit bzw. den Leichtsinns von Kindern und Jugendlichen zugeschnitte-

³⁶⁹ BGH, NJW 1994, 932, 933 m.w.N.

³⁷⁰ MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn 575; v. Westphalen-Foerste, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 5 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

³⁷¹ v. Westphalen-Foerste, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 185.

³⁷² BGH, NJW 1994, 932, 933.

³⁷³ OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1248, 1249 - Sprungboot.

³⁷⁴ Ein Brandenburger Richter hatte die Coca-Cola GmbH und den Hersteller von Marsriegeln vergeblich auf Schadenersatz in Anspruch genommen, LG Mönchengladbach, NJW-RR 2002, 896, 898f.; OLG Düsseldorf, VersR 2003, 912, 914f - Mars.

ne Risikoaufklärung zu verlangen, betont die Rechtsprechung die Verantwortung der Eltern, für den Schutz ihrer Kinder zu sorgen³⁷⁵. Auch die bloße Möglichkeit eines Aufsichtsversagens der Eltern muss nicht dahingehend berücksichtigt werden, dass derartigen Aufsichtsversäumnissen aktiv begegnet werden müsste³⁷⁶. Dementsprechend hat sich die Aufklärung über Gefahren, die speziell Minderjährigen drohen, in erster Linie an die Eltern zu richten³⁷⁷. Der Ausgleich von Pflege- und Erziehungsdefiziten durch die Eltern kann dem Produktverantwortlichen dagegen nicht aufgebürdet werden. *Foerste* formuliert in diesem Zusammenhang prägnant, dass Erziehung nicht zuletzt Gewöhnung an Gefahren bedeutet, die bei Nachlassen der elterlichen Obhut auf das Kind zukommen. Ist diese Gewöhnung noch nicht abgeschlossen, weil die Erziehung verfehlt ist oder elterliche Mahnungen mißachtet werden, so bleiben die Eltern insoweit schutzpflichtig³⁷⁸.

II. Willensmängel

Wer sich mit Selbstbestimmung im Recht befasst, kommt an einer Auseinandersetzung mit der Behandlung von Willensmängeln nicht vorbei. Oben wurde bereits gesagt, dass die Aufklärung des Einwilligenden den Zweck hat, eine selbstbestimmte Entscheidung zu sichern. Die Aufklärung soll also Willensmängel eliminieren. Zugleich sorgt die Aufklärung aber auch dafür, dass der Inhalt der Vereinbarung – hier also die mit der Einwilligung erfolgte Eingriffsbefugnis detailliert bestimmt wird. Insofern weist die Aufklärung auch einen Zusammenhang mit der Auslegung von Verträgen auf. Während die Aufklärung prospektiv ist, sind die Beurteilung von Willensmängeln und die Auslegung retrospektiv.

³⁷⁵ BVerfG, NJW 1997, 249, 250; BGH, VersR 1992, 844, 845 - Pferdekral; BGH, NJW-RR 1986, 658, 659 - Haartrockner; OLG Düsseldorf, VersR 1982, 199, 200 - Wendelrutsche.

³⁷⁶ BGH, NJW 1994, 3348, 3349 - Gartenteich.

³⁷⁷ BGH, NJW 1994, 932, 933. Anders allerdings BGH, NJW 1995, 2631, 2632 - Eisenbahnwagen; dort hat der BGH in Bezug auf die pictographische Warnung vor Stromschlag gefordert, dass die Warnung so gestaltet sein muss, dass auch Kinder erkennen, auf welche Gefahr sie sich einstellen müssen.

³⁷⁸ v. Westphalen-*Foerste*, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 24 Rn 237.

Im Bereich der Persönlichkeitsrechte besteht die schon mehrfach angeklungene Tendenz, sich von den Regelungen des BGB zu lösen. Die diesen Normen zugrunde liegende Vorstellung rechtsgeschäftlicher Austauschbeziehungen wird als unangemessen betrachtet. Stattdessen wird, wofür gerade das Datenschutzrecht ein prägnantes Beispiel liefert, in Zusammenhang mit Willensmängeln Zuflucht zu Begriffen wie "ohne Zwang" oder "freiwillig" genommen³⁷⁹. Dem soll hier nicht gefolgt werden. So wie oben die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung eingestuft wurde, sollen an dieser Stelle die gesetzlich vorgesehenen Normen zur Beachtlichkeit und Behandlung von Willensmängeln den Ausgangspunkt der Analyse bilden.

Die §§ 119ff. BGB sollen dem einzelnen die Möglichkeit geben, sich unter bestimmten Umständen von einer Erklärung zu lösen, die seinem wirklichen Willen widerspricht. Gemäß den in der Einführung dargestellten Grundsätzen, ist die Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet, sondern sie ist mit den Rechten anderer in Einklang zu bringen. Genau diese Funktion erfüllen die Anfechtungsregeln. Die §§ 119ff. BGB sollen einen Ausgleich zwischen Willensautonomie und Verkehrsschutz ermöglichen³⁸⁰. Zugleich sind sie wesentlich präziser als die genannten alternativen Begriffe und haben durch jahrzehntelange Rechtspraxis und wissenschaftliche Auseinandersetzung ihre Praktikabilität unter Beweis gestellt. Die Normen des BGB sollen dabei nicht als feste Schablonen dienen, sondern nur als Ausgangspunkt, um dann ggf. zu abweichenden Lösungen zu gelangen, falls die Wertungen nicht geteilt werden können.

1. Erklärungsirrtum

Unproblematisch ist die Anwendbarkeit der Regelung des "Irrtums im Erklärungsakt"³⁸¹ nach § 119 Abs.1 Alt.2 BGB. Der Erklärende meint, ein anderes Erklärungszeichen zu setzen, als er wirklich setzt, z.B. weil er sich verspricht, ver-

³⁷⁹ Hierzu siehe unten, Zweiter Teil, C., III.

³⁸⁰ Kohle, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 140.

³⁸¹ So die Bezeichnung von Flume, AT II, § 23 3, S. 450.

schreibt oder vergreift. Der Erklärende hat einen Fehler gemacht, der in seine Risikosphäre fällt. Trotzdem gibt ihm das Recht die Möglichkeit, sich von seiner nicht seinem Willen entsprechenden, d.h. nicht-selbstbestimmten, Erklärung zu lösen. Der Empfänger trägt damit auch das Risiko von Irrtümern, die er nicht mitverursacht oder gar verschuldet hat. Gegenstand der Irrtumsregelung ist also zunächst allein die Sicherung der Willensautonomie. Im Hinblick auf Regelungen in anderen Ländern, die streng risikoorientierte Irrtumsregelungen haben, wird diese willentheoretische Motivation des § 119 Abs.1 BGB vereinzelt kritisiert³⁸². Dem Verkehrsschutz wird aber dadurch Rechnung getragen, dass derjenige, der auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat, einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens erhält, § 122 BGB.

Im Falle einer Einwilligung kann auch ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung im Sinne von § 119 Abs.1 Alt.1 BGB vorliegen. Hier irrt der Erklärende nicht über das Erklärungszeichen, sondern er mißt dem verwendeten Erklärungsstatbestand einen anderen Sinn bei. Der Inhaltsirrtum kann sich auf verschiedene Punkte beziehen: die Bedeutung des gewählten Ausdrucks, die Identität des Geschäftsgenossens oder des Geschäftsgegenstandes oder auch die wesentlichen Umstände des Geschäfts sowie dessen Rechtsfolgen³⁸³.

2. Eigenschaftsirrtum

Der Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs.2 BGB scheint vom Wortlaut her gesehen für die Fälle der Einwilligung nicht ganz zu passen. Erfasst sind Fehlvorstellungen über Eigenschaften einer Person oder Sache. Bei Einwilligungen im persönlichkeitsrechtlichen Bereich wäre etwa an die fachliche Qualifikation des Eingreifenden als verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person in diesem Sinne zu denken. Dass auch die Eigenschaften von Sachen praktische Relevanz für die Einwilligung haben können, obwohl Gegenstand der Einwilligung ja keine Sache, sondern ein tatsächliches Verhalten ist, ergibt sich daraus, dass Sachen im Sinne

³⁸² Vgl. MüKo-Kramer, BGB, § 119 Rn 110ff.

des § 119 Abs.2 BGB nach heutiger Auffassung nicht nur körperliche Gegenstände sind. "Sache" ist vielmehr jeder Gegenstand, der von der Verkehrsanschauung als Objekt des Rechtsverkehrs anerkannt ist³⁸⁴, also jeder Geschäftsgegenstand³⁸⁵. Im hier interessierenden Fall einer persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung ist Geschäftsgegenstand die Eingriffsbefugnis. Deren Eigenschaften sind etwa Art, Maß und Folgen des Eingriffs. Also das, was im Arztrecht auch Gegenstand der Aufklärungspflicht ist.

3. Motivirrtum

Der einzelne tätigt sein Rechtsgeschäft aufgrund von Erwartungen, Vorüberlegungen, Hoffnungen und sonstigen Vorstellungen, die ihm das betreffende Rechtsgeschäft sinnvoll und zumindest tunlich erscheinen lassen³⁸⁶. Solche Beweggründe oder Motive sind nicht Gegenstand des Geschäfts. Der Vertragspartner weiß nichts davon und braucht sich dafür auch nicht zu interessieren. Die Richtigkeit der Vorstellung über die mit dem Vertrag verfolgten Zwecke ist für ihn ohne Belang. Es ist daher nur angemessen, dass der Motivirrtum nach der Regelung der §§ 119ff. BGB unbeachtlich ist. Wer ein Rechtsgeschäft vornimmt, trägt selbst das Risiko, ob seine Vorstellung über die Umstände, die ihm das Rechtsgeschäft als tunlich erscheinen lassen, zutreffend sind oder nicht. Wer das Risiko des Auseinanderklaffens von Motiven und Wirklichkeit nicht tragen möchte, kann das Rechtsgeschäft auf die Umstände, die er sich vorstellt, ausrichten und diese zum Bestandteil des Geschäfts machen³⁸⁷. Auch diese Wertung des Gesetzes bedarf für den Fall einer persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung keiner Modifikation³⁸⁸.

4. Drohung und arglistige Täuschung

³⁸³ *Flume*, AT II, § 23 4, S. 457ff.; *Erman-Palm*, BGB, § 119 Rn 34.

³⁸⁴ *Erman-Palm*, BGB, § 119 Rn 46.

³⁸⁵ *MüKo-Kramer*, BGB, § 119 Rn 128.

³⁸⁶ *Erman-Palm*, BGB, § 119 Rn 50.

³⁸⁷ In diesem Sinne *Flume*, AT II, § 25, S. 492.

³⁸⁸ So auch *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 140.

Am deutlichsten wird der Gedanke der Sicherung der Selbstbestimmung bei der Regelung zur Anfechtbarkeit wegen Täuschung und Zwang in § 123 BGB. Der vorsätzlich in die Irre geführte soll die auf dem Irrtum beruhende Erklärung rückgängig machen können. Eine Abwägung mit Verkehrsschutzgesichtspunkten findet im Unterschied zur Irrtumsanfechtung nicht statt. Nur bei der Täuschung durch einen Dritten wird der Erklärungsempfänger geschützt, soweit er die Täuschung nicht kannte oder kennen musste (§ 123 Abs.2 S.1 BGB). Diese Einschränkung fällt bei der Anfechtung wegen Drohung weg. Die Drohung wird daher vom Gesetzgeber als noch schlimmere, gefährlichere Störung des Rechtszustands angesehen³⁸⁹. Nicht erfasst ist der Fall der *vis absoluta*, der unmittelbaren physischen Überwältigung des Erklärenden, weil in diesem Fall eben keinerlei eigene Entscheidung vorliegt. Regelungsgegenstand ist vielmehr die *vis compulsiva*, d.h. der psychische Zwang³⁹⁰.

Nach allgemeiner Definition ist "Drohung" das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt³⁹¹. Daran wird schon eine nicht unwesentliche Einschränkung deutlich: Keine Drohung liegt vor, wenn nur eine objektive Zwangslage vor Augen gehalten wird, ohne dass derjenige der dies tut, seine Mitwirkung bei der Zwangslage in Aussicht stellt. Drohung ist demnach also nicht das bloße Ausnutzen einer Zwangslage.³⁹² *Kramer* sieht in dieser Beschränkung einen Verstoß gegen die ratio des § 123 Abs.1 BGB, nämlich den Schutz der Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten. Er schlägt daher im Anschluss an *Wolf*³⁹³ und unter Bezug auf die Motive zu §§ 123, 124 BGB vor, in der Freiheit der Willensentschließung eine Gültigkeitsvoraussetzung für die Willenserklärung zu sehen, deren Fehlen zwar nicht per se zur Nichtigkeit der Erklärung führen soll, aber zu ihrer Anfechtbarkeit in Analogie zu § 123 BGB. Auf diese Weise wäre etwa auch in dem referierten Fall eine Anfechtung zulässig,

³⁸⁹ MüKo-Kramer, BGB, § 123 Rn 42.

³⁹⁰ MüKo-Kramer, BGB, § 123 Rn 44.

³⁹¹ Vgl. nur Erman-Palm, BGB, § 123 Rn 56.

³⁹² Flume, AT II, § 27 5, S. 534; Erman-Palm, BGB, § 123 Rn 58.

wenn der Anfechtungsgegner zwar nicht selber bedroht, aber die Zwangslage des Anfechtenden ausgenutzt hat, um ihn zu einer Erklärung zu bestimmen³⁹⁴.

III. Verhältnis von Aufklärung und Willensmängeln

Die Irrtumskonstellationen des § 119 Abs.1 BGB können unabhängig von einer erfolgten oder nicht erfolgten Aufklärung eintreten. Das liegt daran, dass es sich um Irrtümer handelt, die ihre Ursache allein in der Person des Erklärenden haben, etwa wenn dieser sich aus Versehen verschreibt oder seine Erklärung objektiv einen anderen Inhalt hat, als er sich vorgestellt hat. Diese Irrtümer beruhen jedenfalls in der Regel nicht auf falschen oder unvollständigen Informationen des Erklärungsempfängers bei Abschluss des Geschäfts. Anders ist die Situation bei § 119 Abs.2 und § 123 BGB. Ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Geschäftsgegenstandes kann auf einer falschen Information des Erklärungsempfängers beruhen. Wenn die Information bewußt falsch war, wird es sich gar um eine arglistige Täuschung im Sinne von § 123 BGB handeln³⁹⁵.

An diesem Zusammenspiel zwischen Aufklärung und beachtlichen Willensmängeln wird auch die Notwendigkeit einer objektiven Beurteilung der Frage nach der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufklärungspflicht deutlich. Es ist in einer ex post Betrachtung nicht danach zu fragen, ob der Empfänger nach der Aufklärung wirklich keine Fehlvorstellungen mehr hatte. Die Aufklärung muss vielmehr nur die Möglichkeit gegeben haben, sich ein irrtumsfreies Bild vom Gegenstand des Geschäfts bzw. des Eingriffs zu machen. Wenn Vorstellung und Wirklichkeit dennoch auseinanderfallen greifen die Irrtumsregeln.

IV. Einwilligungsfähigkeit

³⁹³ Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 123ff., 278ff.

³⁹⁴ MüKo-Kramer, BGB, § 123 Rn 45, 57.

Die Fähigkeit, selbständig und rechtlich wirksam in einen Eingriff einwilligen zu können, ist Teil der Selbstbestimmung über die eigenen Lebensverhältnisse, die das Recht durch die Anerkennung der Privatautonomie gewährleisten muss. Sie kommt grundsätzlich allen Menschen zu. Deshalb regeln die §§ 104ff. BGB nicht positiv, wer die Fähigkeit hat, Privatautonomie über das rechtstechnische Mittel des Rechtsgeschäfts zu verwirklichen, sondern negativ die Ausnahmefälle. Das Gesetz führt typisierend und generalisierend Personen auf, denen die Fähigkeit zur freien Willensbildung abgesprochen oder nur eingeschränkt zugestanden wird. Die einen werden als geschäftsunfähig bezeichnet, die anderen als beschränkt geschäftsfähig. Sofern es sich dabei um Erwachsene handelt, wird auf den Einzelfall abgestellt. Bei Minderjährigen sieht das Gesetz dagegen starre Altersgrenzen vor – was an sich bereits der biologischen Erkenntnis widerspricht, dass die geistige Entwicklung von Mensch zu Mensch unterschiedlich voranschreitet und sich nur ungefähr mit unserer formalen und linearen Zeitmessung erfassen lässt. Ganze Bevölkerungsgruppen auf diese Weise von einem wesentlichen Element selbstbestimmter Lebensführung auszuschließen, bedarf einer bedeutsamen Rechtfertigung. Diese findet sich zum einen in dem Zweck der Privatrechtsordnung, einen praktikablen Rechtsverkehr gerade bei typischen Massen- und Umsatzgeschäften zu ermöglichen, der dem einzelnen nicht abverlangt, sein gegenüber auf die Fähigkeit zur freien Willensbildung hin zu untersuchen. Der andere Gesichtspunkt ist der Schutz des Minderjährigen selbst vor Entscheidungen, die seine zukünftige Selbstbestimmung beeinträchtigen würden – denn Selbstbestimmung geht immer einher mit Selbstverantwortung. Die den Minderjährigen nicht zugestandene Selbstbestimmung wird von den gesetzlichen Vertretern wahrgenommen, im Regelfall also den Eltern, §§ 1626, 1629 BGB. Diese entscheiden ausschließlich und allein für den Minderjährigen.

Die Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern für den Minderjährigen ist zwar der Regelfall, doch enthalten einige gesetzliche Normen hiervon Ausnahmen. Neben

³⁹⁵ Vgl. MüKo-Kramer, BGB, § 119 Rn 114, Fn 344.

der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters ist dann kumulativ auch die Erklärung des Minderjährigen erforderlich. Das betrifft etwa die statusrechtliche Norm des § 1411 BGB, für den Abschluss eines Ehevertrages oder auch § 2275 Abs.2 BGB für Erbverträge. Von größerem Interesse für die vorliegenden Problematik sind Normen mit persönlichkeitsrechtlichem Bezug: So bestimmt § 40 IV Nr.4 AMG, dass bei klinischen Experimenten neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch die Einwilligung des Minderjährigen erforderlich ist, sofern dieser die notwendige Einsichtsfähigkeit besitzt. Ein weiterer Fall von "Doppelzuständigkeit" findet sich in § 45 JArbSchG, der die Weitergabe medizinischer Daten an das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters und des Jugendlichen bindet.

Schon anhand dieser Beispiele wird ersichtlich, dass die Regelungen der §§ 104ff. BGB für nicht-vermögensrechtliche, sondern höchstpersönliche Aktivitäten als nicht angemessen empfunden werden. Besonders deutlich wird die Problematik bei Eingriffen in die körperliche Integrität. Eine Zwangsbehandlung oder ein medizinisches Experiment gegen den Willen eines bereits einsichtsfähigen Minderjährigen wäre nicht akzeptabel und widerspräche nicht zuletzt der Tatsache, dass auch der Minderjährige grundrechtsmündig im Hinblick auf seine körperliche Integrität und sein allgemeines Persönlichkeitsrecht ist³⁹⁶. Das BVerfG geht daher von einem fließenden Übergang des "treuhänderisch" wahrgenommenen Bestimmungsrechts der Eltern auf das Kind mit dessen wachsender Einsichtsfähigkeit aus: Das Elternrecht müsse seinem Wesen und Zweck nach zurücktreten, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt habe. Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentfaltung willen bestehe, liege es in seiner Struktur begründet, dass es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwachse, überflüssig und gegenstandslos werde³⁹⁷. Eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 107ff. BGB

³⁹⁶ Den Aspekt des Widerspruchs der §§ 104ff. BGB mit der Grundrechtsmündigkeit betont Soergel-Strätz, BGB, § 1626 Rn 47.

³⁹⁷ BVerfGE 59, 360, 382, 387.

mit der Folge einer alleinigen Entscheidungsbefugnis der Eltern ist für die Fälle persönlichkeitsrechtlicher Einwilligungen mit dieser Rechtsprechung abzulehnen. Es stellt sich daher im Folgenden die Frage, ob die bereits an einigen Stellen normierte kumulative Zuständigkeit für den persönlichkeitsrechtlichen Bereich verallgemeinert werden soll oder ob nicht gleich von einer Alleinzuständigkeit des einsichtsfähigen Minderjährigen ausgegangen werden soll.

Für eine alternative Entscheidungskompetenz, d. h. Eltern oder Kind allein, spricht sich insbesondere *Belling* aus. Da der Minderjährige die unter Umständen nachteiligen Folgen der Entscheidung zu tragen habe, müsse er – seine Entscheidungsfähigkeit vorausgesetzt – auch das Alleinentscheidungsrecht haben. Den Eltern komme nur ein Informationsrecht zu, das sie in die Lage versetzen soll, auf ihr Kind beratend einzuwirken und ihm Entscheidungshilfe zu leisten³⁹⁸. Ansonsten tritt das Personensorgerecht der Eltern, das seine Stütze in § 1626 Abs.1 BGB findet, gänzlich zurück. Diese Ansicht wird auch von einem bedeutenden Teil der zivilrechtlichen Kommentierung vertreten³⁹⁹.

Dagegen geht die Auffassung von der kumulativen Zuständigkeit⁴⁰⁰ von der Vorstellung einer Koexistenz von Elternrecht und Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen aus. Das eine Recht endet danach also nicht mit dem Beginn des anderen. Vielmehr ist von einer gegenseitigen Überlagerung bis zum Erreichen der Volljährigkeit auszugehen, der am besten durch eine beiderseitige, gleichzeitige Zuständigkeit Rechnung zu tragen ist. Der Minderjährige kann die Einwilligung nicht gegen den Willen der gesetzlichen Vertreter erteilen. Diese können aber umgekehrt auch nicht gegen den Willen des einsichtsfähigen Minderjährigen die Einwilligung durchsetzen.

³⁹⁸ *Belling*, Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990, 68, 76f.; Zustimmend *Baston-Vogt*, S. 232 Fn. 108. Siehe auch *Schwerdtner*, Kindeswohl oder Elternrecht?, AcP 1973, 227, 242.

³⁹⁹ Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn 8; RGRK-*Krüger-Nieland*, BGB, § 106 Rn 11; RGRK-*Steffen*, BGB, § 823 Rn 378; Soergel-*Fahse*, BGB, § 227 Rn 19.

⁴⁰⁰ Diese Ansicht wird u.a. vertreten von: *Medicus*, AT, Rn 201; *Flume*, AT II, § 13 11, S. 219f.; *MüKo-Gitter*, Vor. § 104 Rn 89; *Dasch*, S. 105; *Götting*, S. 154f.

Für diese Lösung spricht die Nähe zur gesetzlichen Wertung. Die Normzwecke der §§ 104ff. BGB, der Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen, die Rechtssicherheit und das Personensorgerecht, kommen auch bei Entscheidungen im Bereich der Persönlichkeitsrechte voll zum tragen. Zu Recht weist *Gitter* darauf hin, dass es kaum einzusehen sei, weshalb der Minderjährige zwar die Reife haben solle, um wirksam in eine Operation einwilligen zu können, andererseits aber nicht das geringste Kreditgeschäft selbständig tätigen könne⁴⁰¹. Es darf daher nicht vollständig außer Acht bleiben, dass das Recht und die Pflicht der Eltern zur Personensorge in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten erst mit Erreichen der Volljährigkeit vollständig zum erliegen kommt. Nicht zu vernachlässigen ist aber auch der Aspekt der Rechtssicherheit. Dem Einwilligungsempfänger ist es kaum immer möglich, die geistige und sittliche Reife des Minderjährigen zuverlässig zu beurteilen. Wenn neben der Einwilligung des Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, herrscht dagegen Klarheit, wann von der Wirksamkeit der Einwilligung ausgegangen werden kann. Zugleich wird aber auch dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und damit dem Postulat des BVerfG Rechnung getragen, dass mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit sowie zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes die im Elternrecht wurzelnden Befugnisse zurückgedrängt werden, bis sie schließlich mit Erreichen der Volljährigkeit erlöschen⁴⁰². Gegen die mißbräuchliche Verweigerung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist der Minderjährige über § 1666 Abs.1 BGB geschützt.

Sinnvoll erscheint es auch, eine feste Altersgrenze anzunehmen, von der ab eine Regelvermutung für die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen spricht. Erfahrungswerte, die bereits Eingang in verschiedene Normierungen im In- und Ausland gefunden haben, sprechen dafür, eine solche Regelvermutung mit dem Errei-

⁴⁰¹ MüKo-*Gitter*, BGB, Vor. § 104 Rn 89.

⁴⁰² BVerfGE 59, 360, 382.

chen des 14. Lebensjahres greifen zu lassen⁴⁰³. Für die Rechtssicherheit wäre damit viel gewonnen. Der potentielle Erklärungsempfänger hätte damit eine klare Richtschnur, wann die alleinige Einwilligung der gesetzlichen Vertreter ausreicht und wann die Erklärung des Minderjährigen kumulativ erforderlich ist.

Daneben dürfte es sachgerecht sein, im Sinne einer de-minimis-Regel bei Eingriffen von geringer Bedeutung die alleinige Einwilligung des Minderjährigen genügen zu lassen. Das käme etwa bei sozialüblichen, alltäglichen Handlungsweisen im Familien- und Freundeskreis in Betracht⁴⁰⁴.

F. Dispositionsbeendigung bei Persönlichkeitsrechten

Von den soeben erörterten Voraussetzungen einer wirksamen Rechtsbindung lassen sich die Möglichkeiten, diese Bindung wieder zu lösen, nicht trennen. Das Vorliegen von Willensmängeln führt im deutschen Recht eben nicht zur Nichtigkeit per se, sondern nur zur Anfechtbarkeit. Es gilt aber zu prüfen, ob im Bereich der Persönlichkeitsrechte nicht ein anderer Weg einzuschlagen ist.

I. Auslegung

Um den Inhalt einer Gestattung zu bestimmen, ist die Erklärung zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB auszulegen. Wenn die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Erklärung den vorgenommenen oder geplanten Eingriff gar nicht deckt, liegt bereits keine entsprechende Befugnis für das Verhalten des Eingreifenden vor. Die Frage nach etwaigen Willensmängeln oder Möglichkeiten, sich von der getroffenen Vereinbarung zu lösen, stellt sich dann gar nicht erst⁴⁰⁵.

⁴⁰³ In diesem Sinne *Götting*, S. 156 unter anderem mit Verweis auf § 45 JArbSchG, der die Altersgrenze für ein Mitspracherecht eines Jugendlichen hinsichtlich der Weitergabe seiner medizinischen Daten auf 14 Jahre festsetzt. So auch *Dasch*, S. 105.

⁴⁰⁴ So schon *Flume*, AT II, § 13 11, S. 219f.

⁴⁰⁵ *Flume*, AT II, § 21 2, S. 417f.

II. Anfechtung

Ergibt die Auslegung, dass die erteilte Befugnis den Eingriff umfasst, war aber die Erklärung mit nach den Irrtumsregelungen beachtlichen Willensmängeln behaftet, führt dies bei Zugrundelegung der Regelungen des BGB zur Anfechtbarkeit der Erklärung. Im Gegensatz zur Nichtigkeit führt die Anfechtbarkeit dazu, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft bis zur tatsächlichen Anfechtung voll wirksam bleibt. Der Berechtigte hat die Wahl, ob er das Geschäft gelten lassen will oder nicht. Diese Entscheidungsmöglichkeit über das Schicksal des anfechtbaren Geschäfts ist ein weiterer Ausdruck der Anerkennung der Selbstbestimmung des Einzelnen in unserer Rechtsordnung. Von diesem Grundsatz abzuweichen bedarf nach den dieser Arbeit zugrunde liegenden Überlegungen einer plausiblen Rechtfertigung. Gemäß der oben vorgenommenen Differenzierung der Dispositionsmöglichkeiten ist zwischen vertraglichen Bindungen und der einseitigen Einwilligung zu unterscheiden. Einem Vertrag liegt im Allgemeinen eine Abmachung zugrunde, die beide Seiten zur Erbringung einer Leistung verpflichtet. Das oben beschriebene Wahlrecht macht hier Sinn: Ist die Willenserklärung per se nichtig, entfällt auch der Anspruch auf die Gegenleistung – was nicht immer dem Interesse des Anfechtungsberechtigten entspricht. Die bloße Anfechtbarkeit lässt dagegen Spielraum, eine Abwägung vorzunehmen. Dieses Argument greift für die einseitige Einwilligung nicht. Doch auch hier ist nicht ersichtlich, weshalb von der gesetzlichen Vorgehensweise abgewichen werden sollte.

Die wohl überwiegende Meinung im Schrifttum zieht die Nichtigkeit der Anfechtbarkeit vor und orientiert sich dabei an der im Strafrecht herrschenden Auffassung⁴⁰⁶. Der Grund liegt im Wesentlichen darin, dass die Anfechtungsfristen der §§ 121, 124 BGB als nicht sachgerecht angesehen werden. Dagegen bemerkt *Kohte*, dass bei Auffassung der Einwilligung als erklärungsbedürftigem Sozialakt,

auch die Rechte anderer und legitimerweise geschütztes Vertrauen des Erklärungsempfängers berücksichtigenswert sind, so dass eine prinzipielle Befristung des Anfechtungsrechts nicht als Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht angesehen werden könne⁴⁰⁷. Das Merkmal der Unverzüglichkeit sei flexibel genug, um je nach Bedeutung und Komplexität des Problems auch eine längere Überlegungsfrist einzuräumen⁴⁰⁸.

Dem kann hier auch für den persönlichkeitsrechtlichen Bereich gefolgt werden. Abzulehnen ist die Auffassung, dass bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften dem Verkehrsschutzinteresse generell weniger Gewicht einzuräumen sei als bei vermögensrechtlichen Vorgängen. Das Interesse an baldiger Klärung der Rechtslage und die Sicherheit, keine Schadenersatzansprüche mehr befürchten zu müssen, besteht auf Seiten des Handelnden hier wie dort in gleichem Umfang. Die Behauptung bei persönlichkeitsrechtlichen Vorgängen sei eine längere Bedenkzeit erforderlich⁴⁰⁹, harrt des logischen und empirischen Nachweises.

III. Widerruf/Kündigung

Ein weiterer wesentlicher Streitpunkt im Zusammenhang mit der Einwilligung ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung widerruflich ist. In der zivilrechtlichen Kommentierung herrscht die Auffassung vor, die Einwilligung sei solange jederzeit widerruflich, wie sie nicht Bestandteil einer vertraglichen Duldungspflicht sei⁴¹⁰. Damit wird implizit die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Einschränkung bzw. des Ausschlusses des Widerrufsrechts anerkannt. Im persönlichkeitsrechtlichen Schrifttum differieren die Ansichten je nach dem Grad der für zulässig gehaltenen rechtlichen Bindung, der Funktion der Ein-

⁴⁰⁶ Laufs/Uhlenbruck-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn 35; Staudinger-Hager, BGB, § 823 I Rn 111; Rosener, S. 152ff.

⁴⁰⁷ Kohle, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 141.

⁴⁰⁸ Kohle, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 141.

⁴⁰⁹ Rosener, S. 154.

⁴¹⁰ MüKo-Mertens, BGB, § 823 Rn 39; Soergel-Fahse, BGB, § 227 Rn 23; Larenz, Schuldrecht II, § 71 I c 1, S. 594.

willigung und der jeweils geschützten Rechtsgüter. Ausgehend von der allgemein geteilten Ansicht der freien Widerruflichkeit der medizinrechtlichen Einwilligung⁴¹¹ wird vielfach die jederzeitige Widerruflichkeit und die Unmöglichkeit eines Verzichts auf den Widerruf auch für sonstige Persönlichkeitsrechte propagiert⁴¹². Andere Autoren erkennen im Einzelfall ein schutzwürdiges Interesse des Einwilligungsempfängers an. Dann könne das Widerrufsrecht nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein⁴¹³ oder der Widerruf nur unter den entsprechend anzuwendenden Voraussetzungen des § 42 I UrhG zulässig sein⁴¹⁴.

Unter Punkt D. des ersten Teils dieser Arbeit wurde eine klare Unterscheidung zwischen einseitiger Einwilligung und stärkeren Formen der Eingriffsgestattung propagiert. Danach ist die Einwilligung im engeren Sinne frei widerruflich. Wird davon abweichend vereinbart, dass die Einwilligung unwiderruflich sein soll, haben wir es mit einem schuldrechtlichen Vertrag zu tun⁴¹⁵. Welche Form der Rechtsbindung im konkreten Fall angenommen werden kann, ist durch Auslegung zu ermitteln. Für die Frage der Widerrufsmöglichkeit ist damit eine eindeutige Richtschnur vorgegeben: Bei einer einfachen Einwilligung ist der Widerruf jederzeit möglich. Vertrauensschutzgesichtspunkte sind nur im Hinblick auf die Art und Weise des Widerrufs zu beachten. Hier kann über § 242 BGB argumentiert werden, dass ein Widerruf zur Unzeit bzw. ein zu kurzfristig erklärter Widerruf ausgeschlossen ist⁴¹⁶.

Für eine vertragliche Bindung ist der freie Widerruf dagegen ausgeschlossen. Es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Um sich dennoch vorzeitig von dem Vertrag zu lösen, kommen neben einem Aufhebungsvertrag⁴¹⁷ folgende Möglichkei-

⁴¹¹ *Deutsch*, Medizinrecht, Rn 106; *RGRK-Steffens*, BGB, 823 Rn 379.

⁴¹² *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn 567; *Baston-Vogt*, S. 236.

⁴¹³ *Hubmann*, S. 171; *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 138; *Götting*, S. 152.

⁴¹⁴ *Dasch*, S. 86; *Magold*, S. 567; *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491, 500.

⁴¹⁵ Siehe oben Erster Teil, D., III.

⁴¹⁶ So *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 138.

⁴¹⁷ *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 305 Rn 7.

ten in Betracht⁴¹⁸: Der Rücktritt wegen Leistungsstörungen, §§ 323, 324, 326 Abs.5 BGB. Der Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs.3 S.1 BGB. Die Kündigung aus wichtigem Grund, § 314 BGB. Letztere setzt allerdings das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses voraus. Im persönlichkeitsrechtlichen Bereich, sind auf einen längeren Zeitraum angelegte Vertragsverhältnisse, ähnlich urheberrechtlichen Verwertungsverträgen jedoch durchaus vorstellbar⁴¹⁹.

Neben diesen Instrumenten wird auch eine analoge Anwendung des Rückrufsrechts wegen gewandelter Überzeugung gemäß § 42 KUG auf andere Persönlichkeitsrechte diskutiert⁴²⁰. Dieser nach dem französischen Vorbild des "droit de repentir" als eines der Hauptbefugnisse des "droit moral" geschaffene Sondertatbestand eines gesetzlichen Rücktrittsrechts soll der besonderen Verklammerung materieller und ideeller Interessen im Urheberrecht Rechnung tragen⁴²¹. Die Persönlichkeit ist eben keine statische Größe. Es gehört zu ihrem Wesen, dass sie sich weiterentwickelt, entfaltet und damit auch verändert⁴²². Deshalb soll der Einzelne Persönlichkeitsattribute, die er einmal in Verkehr gebracht hat, auch wieder zurückziehen können, wenn Weiterentwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit sonst beeinträchtigt wären. Sofern es um die Veröffentlichung von Fotos geht, ist dieser Aspekt unmittelbar einsichtig. Eine Frau, die sich in Urlaubsstimmung von einem Berufsfotografen mit entblößtem Oberkörper fotografieren läßt, soll ihre Einwilligung in die Veröffentlichung des Bildes in einem Urlaubsprospekt zurückziehen können, wenn sie sich Jahre später zu klösterlichem Leben entschieden hat⁴²³. Gleiches kann für den Primas einer Zigeunerkapelle gelten, der

⁴¹⁸ Zum Urheberrecht vgl. die Zusammenstellung von v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, Einf. Rn 73ff.

⁴¹⁹ Vgl. v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, Einf. Rn 76.

⁴²⁰ *Götting*, S. 151; *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491, 497, 500; *MüKo-Rixecker*, BGB, Anh. § 12 Rn 41.

⁴²¹ *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, § 42 Rn 1ff.

⁴²² Vgl. *Hubmann*, S. 135.

⁴²³ Angelehnt an OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 742, wo allerdings schon die Einwilligung fraglich war.

nunmehr Mitglied eines philharmonischen Orchesters werden will⁴²⁴. Nichts anderes kann aber auch für andere "Entäußerungen materialisierter Persönlichkeit" gelten. Jeweils zielt das in Verkehr gebrachte Persönlichkeitsgut weiterhin auf die dahinter stehende Person. Diese kann nicht statisch gedacht werden, sondern nur in stetiger Entwicklung befindlich⁴²⁵. Eine Regelung, die dem Rechnung tragen soll, muss aber auch das in den Bestand des Rechtsgeschäfts gesetzte Vertrauen der Gegenseite berücksichtigen. Diesen Ausgleich bewerkstelligt § 42 KUG, indem er neben dem Nachweis eines Überzeugungswandels die Unzumutbarkeit der weiteren Verwertung des Werkes zur Voraussetzung hat. Für den Nachweis des Überzeugungswandels soll in der Regel die mit Tatsachen belegte Darlegung des Widerspruchs zwischen der jetzigen und der früheren Überzeugung genügen⁴²⁶. Die Prüfung der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit der weiteren Verwertung impliziert zusätzlich eine Abwägung der Interessen der Beteiligten⁴²⁷. § 42 KUG erscheint insofern als eine Regelung, die den gebotenen Schutz der als Leitbild zugrunde zu legenden dynamischen Persönlichkeit gewährleisten kann, ohne Verkehrsschutzinteressen zu vernachlässigen. Anknüpfend an die oben diskutierte und bei Persönlichkeitsrechten als grundsätzlich zulässig erachtete Dispositionsstufe der "gebundenen Rechtsübertragung", stellt eine analoge Anwendung des § 42 KUG auch einen wichtigen Aspekt dar, in dem die Gebundenheit der Übertragung ihren Ausdruck findet. Das Rückrufsrecht sorgt dafür, dass der Betroffene keinen vollständigen Rechtsverlust erleidet und Kontrollbefugnisse behält⁴²⁸. Eine vollständige Analogie würde auch den § 42 Abs.3 KUG umfassen, der im Falle der Wahrnehmung des Rückrufsrechts vorsieht, dass der Inhaber des Persönlichkeitsrechts den Befugnisempfänger angemessen entschädigt. Grundsätzlich ist

⁴²⁴ Beispiel bei *Helle*, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 100 unter Berufung auf Österr.OGH, AfP 1970, 132.

⁴²⁵ *Hubmann* spricht von der "Persönlichkeit, die ständig über sich hinaus ins Irrationale strebt, die nach den Sternen greift und deren Ziel im Unendlichen liegt", S. 135.

⁴²⁶ *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, § 42 Rn 24.

⁴²⁷ *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, § 42 Rn 25.

⁴²⁸ In diesem Sinne *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491, 497.

diese Folge im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass der Überzeugungswandel zumindest überwiegend im Risikobereich des Gestattenden liegt. Dennoch ist wird die konkrete Ausgestaltung des § 42 Abs.3 KUG als wenig praktikabel angesehen⁴²⁹. Vorzugswürdig erscheint demgegenüber die entsprechende Anwendung des § 122 BGB, mit der Folge, dass der Vertrauensschaden ersetzt werden muss⁴³⁰. Interessengerecht ist dabei insbesondere auch die Bestimmung in § 122 Abs.2 BGB. Danach ist der Ersatz des Vertrauensschadens dann ausgeschlossen, wenn das Vertrauen des Adressaten der Willenserklärung nicht schutzwürdig ist, weil der Betreffende mit dem Wandel der inneren Überzeugung rechnen musste. Das könnte im Falle der Bildnisveröffentlichung etwa bei Nacktfotos, die sich der Pornographie nähern, angenommen werden⁴³¹.

G. Dispositionskontrolle zum Ausgleich von Vertragsdisparität

Das Rechtsverständnis von der Vertragsfreiheit, wie es im BGB kodifiziert ist, entspricht der Leitfigur des leistungswilligen, verantwortlichen, urteilsfähigen und selbständigen Bürgers. Handeln solche Rechtssubjekte einen Vertrag aus, so sollte das Recht gegenüber dessen Inhalt grundsätzlich Neutralität wahren⁴³². Dem BGB lag der Gedanke fern, dass der Inhalt eines Vertrages irgendwie ausgeglichen sein oder gleichwertige Positionen begründen sollte. Es reichte aus, dass die Leistung nicht gesetz- oder sittenwidrig war. Wie sich der Vertrag auf die Interessen der Partner auswirkt, sollte ihrer Geschicklichkeit, praktisch aber oft dem Stärkeren überlassen bleiben⁴³³. Dieses Konzept formaler Vertragsfreiheit ist besonders in den letzten Jahrzehnten durch Rechtsprechung und Gesetzgebung zunehmend flankiert worden durch ein Rechtsverständnis des sozialen Ausgleichs, einer "ma-

⁴²⁹ Schrickner-Dietz, Urheberrecht, § 42 Rn 32.

⁴³⁰ Helle, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 101 unter Berufung auf Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201, 233f.

⁴³¹ Beispiel von Helle, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93, 101.

⁴³² Limbach, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JUS 1985, 10, 10f.

⁴³³ Bydlinski, S. 106.

terialen Ethik sozialer Verantwortung"⁴³⁴. Bedeutender Höhepunkt dieser Beigabe "sozialen Öls"⁴³⁵ ist die Rechtsprechung des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Verträgen bei gestörter Vertragsparität⁴³⁶. Danach sind die Zivilgerichte verpflichtet, Verträge daraufhin zu überprüfen, ob der Inhalt des Vertrages eine Seite ungewöhnlich belastet und dies das Ergebnis einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke ist. Sind diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben, so hat das Gericht korrigierend einzugreifen⁴³⁷. Das BVerfG begründet mit dieser Rechtsprechung eine allgemeine Inhaltskontrolle prinzipiell jedes Vertrages im Hinblick auf eine etwaige unbillige Benachteiligung einer Partei, die mit dem überkommenen Instrumentarium nicht zu erfassen ist⁴³⁸.

I. Verfassungsrechtliche Herleitung

Im Wesentlichen stützt das BVerfG seine Rechtsprechung zum einen auf die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie, die es in Art.2 Abs.1 GG verankert sieht, und zum anderen auf das Sozialstaatsprinzip nach Art.20 Abs.1 und Art. 28 Abs.1 GG⁴³⁹. Dass hier gerade die Privatautonomie zur Herleitung einer Vorgehensweise herangezogen wird, die zumindest bei formaler Betrachtung auch als Eingriff in eben diese gewertet werden könnte, liegt an der Vorstellung eines Konnexes zwischen dem sozialen Gleichgewicht der Vertragspartner und deren Selbstbestimmung. Vertragsfreiheit besteht danach nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner. Hat dagegen einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestim-

⁴³⁴ Begriff von *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 24; zitiert von BVerfGE 89, 214, 233.

⁴³⁵ So *Isensee*, S. 505.

⁴³⁶ BVerfGE 81, 242, BVerfGE 89, 214; BVerfGE 103, 89.

⁴³⁷ BVerfGE 89, 214, 214, 23.

⁴³⁸ *Honsell*, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565, 566.

⁴³⁹ BVerfGE 81, 242, 255; BVerfGE 89, 214, 232.

mung. Mit den Mitteln des Vertragsrechts allein sei dann kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten⁴⁴⁰. Vielmehr müssten bei einer solchen Sachlage staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern⁴⁴¹. Daneben treffe aber auch die Zivilgerichte die Pflicht, zur Sicherung der so verstandenen Privatautonomie zu intervenieren⁴⁴². Obwohl die beiden ersten Entscheidungen BVerfGE 81, 242 und BVerfGE 89, 214 hierauf nicht ausdrücklich Bezug nehmen, ist die Argumentationsweise verfassungsrechtsdogmatisch nur als Heranziehung der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten zu deuten⁴⁴³. Die bisher jüngste Entscheidung, BVerfGE 103, 89, lässt hieran keinen Zweifel mehr. Die Inhaltskontrolle durch die Zivilgerichte wird dort ausdrücklich als Umsetzung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages tituliert⁴⁴⁴.

II. Wirkung im Privatrecht

Das Ziel der vom BVerfG begründeten allgemeinen Inhaltskontrolle ist die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit. Der "unfaire Vertrag"⁴⁴⁵ soll im Nachhinein korrigiert werden. Damit ist die Rechtsprechung zur Vertragsparität nur die konsequente Verallgemeinerung von Bestrebungen, die in Rechtsprechung und Gesetzgebung seit langem Raum greifen. Vorkehrungen privat wie öffentlich-rechtlicher Natur, die in mehr oder weniger speziellen Bereichen einer Vertragsdisparität entgegen wirken sollen, sind etwa: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, einige Normen des Kartellrechts⁴⁴⁶, weite Teile des Arbeitsrechts, sowie Regelungen des Wohnungsmietrechts, nicht zuletzt aber auch Son-

⁴⁴⁰ BVerfGE 81, 242, 255.

⁴⁴¹ BVerfGE 81, 242, 255.

⁴⁴² BVerfGE 89, 214, 234.

⁴⁴³ Zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten näher oben, Erster Teil, A., II., 3., c).

⁴⁴⁴ BVerfGE 103, 89, 102. So schon *Wiedemann*, Anmerkung zu BVerfGE 89, 214, JZ 1994, 411, 412.

⁴⁴⁵ So der Titel der Schrift von *Becker*, in der er der Rechtsprechung des BVerfG zur Vertragsparität mit dem Paradigma des "unfairen Vertrages" gerecht zu werden versucht.

⁴⁴⁶ §§ 19-21 GWB.

dervorschriften zu Haustürgeschäften, zu Fernabsatzverträgen oder Verbraucher-krediten. Auch die Regelungen bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage dienen der (Wieder)herstellung von Vertragsparität. Während bei diesen speziellen Konstellationen der Ausnahmecharakter der Inhaltskontrolle noch deutlich war, ist die Reichweite der nunmehr postulierten allgemeinen Inhaltskontrolle nur anhand der sehr vagen Kriterien einer ungewöhnlichen Belastung einer Partei als Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke zu bestimmen. Kritiker dieser Rechtsprechung befürchten daher eine Art "Billigkeitsjustiz", der die Regelhaftigkeit und die Berechenbarkeit des Rechts zum Opfer fallen⁴⁴⁷. Auch die vom BVerfG genannten "Einfallstore" der §§ 138, 242 BGB führen zu keiner Eingrenzung. Zu Recht weist *Isensee* darauf hin, dass das BVerfG die Ermächtigung zur Inhaltskontrolle am einfachen Recht vorbei, unmittelbar aus der Verfassung herleitet⁴⁴⁸.

III. Auslöser der Inhaltskontrolle

Die Formulierung des BVerfG, die Pflicht zur Inhaltskontrolle ergebe sich bei Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind⁴⁴⁹, legt die Ansicht nahe, es handele sich hier um zwei gleichgeordnete Kriterien, deren kumulatives Vorliegen die Inhaltskontrolle durch das Gericht auslöst. Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Systematisierung, die den Kriterien unterschiedliche Prüfungsebenen zuweist.

Die strukturelle Ungleichgewichtslage ist als inhaltliches Kriterium unbrauchbar. Ein wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien führt nicht notwendig zu einer inhaltlichen Unausgewogenheit des Vertra-

⁴⁴⁷ *Isensee*, S. 511. Scharfe Kritik üben auch *Hesse/Kauffmann*, Die Schutzpflicht in der Privatrechtsordnung, JZ 1995, 219ff. sowie *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, 1ff.

⁴⁴⁸ *Isensee*, S. 505.

⁴⁴⁹ BVerfGE 89, 214, 214 (Leitsatz).

ges. Zahlreiche Geschäfte des täglichen Lebens führen trotz häufiger Ungleichgewichtslagen in der Regel dennoch zu materiell angemessenen Ergebnissen. Umgekehrt kann jedoch ein Geschäft, das zwischen formal gleichgeordneten Vertragsparteien zustande kommt, zu untragbaren Ergebnissen führen⁴⁵⁰. Die Ungleichgewichtslage wird also inhaltlich erst relevant, wenn sie tatsächlich zu einem beanstandungswürdigen Vertragsinhalt geführt hat. Das Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien ist aber ein deutliches Indiz für die Möglichkeit, dass der unterlegene Vertragsteil ein unvorteilhaftes Geschäft abgeschlossen hat. Und eben an diese indizielle Funktion der Ungleichgewichtslage knüpfen auch alle bisherigen speziell geregelten Fälle der Inhaltskontrolle an. Die typisierbare Störung des Verhandlungsgleichgewichts ist dort jeweils der gesetzlich definierte auslösende Faktor der Inhaltskontrolle.

Gleiches muss für die durch die Vertragsparitätsentscheidungen des BVerfG eingeführte allgemeine Inhaltskontrolle gelten. Das Kriterium der strukturell ungleichen Verhandlungsstärke ist daher jeweils zuerst zu prüfen. Erst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, ist eine Prüfung des inhaltlichen Kriteriums einer ungewöhnlichen Belastung des unterlegenen Vertragsteils zulässig⁴⁵¹. Die typisierbaren Fälle des Verhandlungsungleichgewichts können grob unterteilt werden, in Situationen, bei denen sich die Verhandlungsschwäche des einen aus äußeren Begleitumständen ergibt und solchen Fällen, in denen in der Person liegende Umstände ursächlich für die Unterlegenheit sind.

1. Äußere Umstände

Eine typisierbare Situation der Unterlegenheit aufgrund äußerer Umstände mit daraus folgender mangelnder Selbstbestimmung hat die Regelung des Fernabsatzvertrages zum Gegenstand, § 312b BGB. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ergibt sich hier in erster Linie aus der Unsichtbarkeit des Vertragspartners und des Produkts bei Vertragsschluss sowie der fehlenden Körperlichkeit

⁴⁵⁰ *Becker*, S. 52f.; *Busche*, S. 96.

der übermittelten Informationen⁴⁵². Auch die Sonderregelungen bei Haustürgeschäften, § 312 BGB, haben ihren Grund in der aufgrund der äußeren Umstände bestehenden Verhandlungsschwäche, so etwa bei mündlichen Verhandlungen im Bereich der Privatwohnung oder überraschendem Ansprechen in Verkehrsmitteln. Ähnliches gilt für die Normierungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 305ff. BGB. Der Verwender bestimmt über die Klauseln den Vertragsinhalt unter Ausschluss des anderen Teils allein. Der Kunde akzeptiert die Klauseln zumeist ohne Kenntnisnahme des Inhalts, weil er in der Situation des Vertragsschlusses die Wahrscheinlichkeit für gering hält, dass die Klauseln je praktische Bedeutung erlangen. Angesichts dessen lohnt es sich für ihn nicht, Zeit und Geld zu investieren, um andere Bestimmungen auszuhandeln oder andere Anbieter zu suchen, deren AGB günstiger sind. Die "Transaktionskosten" erscheinen ihm einfach zu hoch⁴⁵³. Ausnahmeweise nicht die Situation des Vertragsschlusses, sondern der Vertragsdurchführung betreffen die Bestimmungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB. Hier ist eine gravierende Veränderung der für den Vertrag grundlegenden Umstände Auslöser der Inhaltskontrolle.

2. Persönliche Umstände

Zu den in der Person des Einzelnen liegenden Auslösern der Inhaltskontrolle zählt etwa die wirtschaftliche oder auch intellektuelle Unterlegenheit. Ein Beispiel für eine typisierbare Situation wirtschaftlicher Unterlegenheit bietet das Verhältnis Arbeitnehmer zu Arbeitgeber. Hier bildet die Schwäche des einen sogar die innere Rechtfertigung für ein eigenes Rechtsgebiet⁴⁵⁴. In der Handelsvertreter-Entscheidung hat das BVerfG eine wirtschaftliche Unterlegenheit im Verhältnis des Handelsvertreters zum Unternehmer für typisch gehalten⁴⁵⁵. Dagegen war für das BVerfG im Bürgschaftsfall eine intellektuelle Unterlegenheit Auslöser für die

⁴⁵¹ In diese Richtung wohl auch *Becker*, S. 41.

⁴⁵² Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 312b Rn 3.

⁴⁵³ MüKo-*Basedow*, AGBG, Einl. Rn 5.

⁴⁵⁴ Vgl. *Schaub-Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 2, S. 2ff.

⁴⁵⁵ BVerfGE 81, 242, 256ff.

Inhaltskontrolle, indem es ausdrücklich betont, dass die bürgende Familienangehörige über keine qualifizierende Berufsausbildung verfügt und geschäftlich unerfahren ist⁴⁵⁶. Die Unterlegenheit kann sich aber auch aus sonstigen persönlichen Umständen ergeben. So wurde in der Entscheidung BVerfGE 103, 89, die einen Ehevertrag zum Gegenstand hat, verallgemeinernd festgestellt, dass eine Situation von Unterlegenheit regelmäßig dann anzunehmen sei, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch die Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden. Ihre Verhandlungsposition sei hier geschwächt durch die tatsächliche Lage, in der sie sich befinde, durch ihre Rechtsstellung als ledige Mutter und insbesondere durch das Bemühen um die Sicherung der eigenen Existenz und der des erwarteten Kindes⁴⁵⁷. Spätestens hier wird deutlich, dass die Vorgabe einer strukturellen, das heißt typisierbaren, Unterlegenheit kaum zu halten ist. Tatsächlich untersucht das BVerfG den Einzelfall in seinen Besonderheiten und versucht dann Abstraktionen zu formulieren, die vordergründig nach allgemeiner Geltung klingen⁴⁵⁸.

IV. Durchführung der Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle selbst besteht dann in der Überprüfung des Vertrages daraufhin, ob er den unterlegenen Vertragsteil unangemessen stark benachteiligt. Ob also der Vertrag "unfair" ist. Sodann hat das Gericht eine Korrektur des Vertrages zugunsten der benachteiligten Partei vorzunehmen.

1. Unfairer Vertrag

⁴⁵⁶ BVerfGE 89, 214, 235.

⁴⁵⁷ BVerfGE 103, 89, 102.

⁴⁵⁸ In diesem Sinne auch *Isensee*, S. 489.

Bei der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die gerichtliche Überprüfung des Preises und der Tauschgerechtigkeit nicht zulässig⁴⁵⁹. Für die allgemeine Inhaltskontrolle nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt diese Einschränkung wohl nicht. Gerade die Entscheidung zum ehevertraglichen Unterhaltsverzicht nimmt eine Überprüfung von Leistung und Gegenleistung vor und leitet daraus die mangelnde Fairness des Vertrages ab⁴⁶⁰. Damit wird ein im Hinblick auf die Wirtschaftsverfassung problematisches Terrain betreten⁴⁶¹. Zur Feststellung einer unausgewogenen vertraglichen Regelung können aber auch Abweichungen vom Normaltyp oder vom gesetzlichen oder empirischen Leitbild eines Rechtsgeschäfts herangezogen werden⁴⁶². Eine inhaltliche Schieflage kann schließlich auch durch eine ökonomische Analyse des Vertrages im Hinblick auf die Risikoverteilung und die Transaktionskosten zur Vermeidung oder Abdeckung des Risikos ans Licht gebracht werden⁴⁶³. Auch die Vermögens- und Einkommenslage des unterlegenen Vertragsteils ist ein Kriterium zur Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung. So war in der Bürgschaftsentscheidung des BVerfG die krasse finanzielle Überforderung der Bürgin, die im Haftungsfall voraussichtlich bis an ihr Lebensende nicht in der Lage gewesen wäre, sich von der Schuldenlast zu befreien, ausschlaggebend⁴⁶⁴.

2. Rechtsfolgen

Zu der Frage, wie die anhand der Inhaltskontrolle festgestellte unangemessene Benachteiligung einer Partei durch das erkennende Gericht zu korrigieren ist, verweist das BVerfG auf die Heranziehung des einfachen Rechts, dem die Verfassung in dieser Hinsicht einen weiten Spielraum zugestehe⁴⁶⁵. Die Anwendung des § 138 BGB würde zur Nichtigkeit des Vertrages führen, was im Einzelfall unan-

⁴⁵⁹ Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn 54.

⁴⁶⁰ BVerfGE 103, 89, 106.

⁴⁶¹ Näher dazu *Becker*, S. 48ff.

⁴⁶² *Becker*, S. 50ff.

⁴⁶³ *Becker*, S. 54f.

⁴⁶⁴ BVerfGE 89, 214, 230f.

⁴⁶⁵ BVerfGE 89, 214, 234.

gemessen und unverhältnismäßig sein kann. § 242 BGB würde dagegen ein flexibleres Vorgehen ermöglichen, das etwa in einem Anpassen des Vertrages, so wie es bei einer beachtlichen Veränderung der Geschäftsgrundlage praktiziert wird, bestehen kann⁴⁶⁶.

Zweiter Teil: Selbstbestimmung über das Identitätsdatenrecht als besonderem Persönlichkeitsrecht

A. Identitätsdatenrecht als besonderes Persönlichkeitsrecht

Das Datenschutzrecht nimmt in der Rechtswissenschaft weiterhin eine Sonderrolle ein. Es scheint keine Klarheit darüber zu herrschen, welcher der überkommenen Disziplinen es zuzuordnen ist. Üblicherweise wird es an den juristischen Fakultäten von öffentlich-rechtlichen Fachgebieten betreut. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion sind die Vertreter des öffentlichen Rechts daher auch meist unter sich. Dabei hat sich längst herausgeschält, dass die klassische Abwehrfunktion gegen staatliche Übergriffe in der Praxis eine vergleichsweise geringe Rolle spielt. Der Anwendungsschwerpunkt liegt im Verhältnis der Grundrechtsträger zueinander, also der eigentlichen Domäne des Zivilrechts. Die Masse der Urteile mit datenschutzrechtlichen Bezügen wird daher auch in der Zivilgerichtsbarkeit gefällt⁴⁶⁷. Innerhalb des Zivilrechts ist das Datenschutzrecht dem Bereich des Persönlichkeitsschutzes im engeren Sinne zuzuordnen. Daran konnte spätestens nach der grundlegenden Entscheidung des BVerfG kein Zweifel bestehen. Bei der Formulierung des Schutzguts der "Informationellen Selbstbestimmung" nahm das Gericht ausdrücklich Bezug auf die persönlichkeitsrechtliche Rechtsprechung.

⁴⁶⁶ Zu den möglichen Rechtsfolgen einer Inhaltskontrolle vgl. *Becker*, S. 11ff.

⁴⁶⁷ Siehe die Zusammenstellung unten, Zweiter Teil, C., III., 2., b).

Um so mehr verwundert die recht stiefmütterliche Behandlung des Datenschutzrechts in der persönlichkeitsrechtlichen Literatur⁴⁶⁸.

Hier soll nun zunächst in Form eines kurzen Überblicks die Entwicklung des Datenschutzes im Kontext des Persönlichkeitsschutzes zusammengefasst werden, um von dem bisher Anerkannten ausgehend, den Blick nach vorn zu richten und unter Einführung einer neuen Begrifflichkeit das "Identitätsdatenrecht" nicht nur den bisherigen besonderen Persönlichkeitsrechten beizuordnen, sondern eventuell sogar voranzustellen.

I. Informationelle Selbstbestimmung und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Schon im Begriff des "Datenschutzes" drückt sich die abwehrrechtliche Sichtweise aus. Die Parallele zu den Persönlichkeitsrechten an wurde nicht gesehen oder bewußt vermieden. Dem Geist der Zeit entsprechend richtete sich Ende der 60er Jahre die Abwehrhaltung zunächst in erster Linie gegen Staat und industrielles Großkapital. Beide schienen mit Aufkommen der elektronischen Datenverarbeitung nunmehr über ein Instrument zu verfügen, das die Orwell'schen Visionen Realität werden lassen konnte. Datenverarbeitung war extrem teure Großtechnologie, die sich eben nur Staat und Industrie leisten konnten. Sie wurde in abgeschirmten Rechenzentren von hochspezialisierten Fachleuten betrieben. Es drängte sich daher der Verdacht auf, dass die nur Wenigen mögliche Wissensakkumulation eine faktische Machtverschiebung zugunsten der so ausgerüsteten Unternehmen und Institutionen bewirkt, dergegenüber der Einzelne Bürger machtlos erscheint⁴⁶⁹.

Obwohl es zum damaligen Zeitpunkt keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte für Missbrauch der neuen Technologie gab und die Justiz auch nicht mit daraus resultierenden neuartigen rechtlichen Problemen befasst wurde, reagierte der Gesetz-

⁴⁶⁸ Exemplarisch für diesen Befund ist die umfangreiche Monographie von *Pfeifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, die sämtliche Aspekte des Persönlichkeitsschutzes abzudecken versucht, jedoch das Datenschutzrecht mit keinem Wort erwähnt.

geber⁴⁷⁰. Das erste Datenschutzgesetz trat am 30. September 1970 in Hessen in Kraft⁴⁷¹. Erst 1977 folgte dann das BDSG⁴⁷².

Gelegenheit zur verfassungsdogmatischen Fundierung des Datenschutzes und zur Kritik am bisherigen Tun des Gesetzgebers bot sich dem BVerfG mit dem Streit um das Volkszählungsgesetz. Das in diesem Verfahren ergangene Urteil⁴⁷³ gilt längst als "Bergpredigt" des Datenschutzes. Kern der Entscheidung ist die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als verfassungsrechtliche Garantie des Datenschutzes. Ausdrücklich knüpft das Gericht an seine bisherige Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht an und leitet daraus die Befugnis des Einzelnen ab, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden⁴⁷⁴. Die eine Seite der Argumentation stützt sich auf die Sicherung der individuellen Verhaltensfreiheit. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen könne, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, könne in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden⁴⁷⁵. Neben der Sicherung individueller Entfaltungschancen argumentiert das BVerfG mit der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des freiheitlich-demokratischen Gemeinwesens, das auf die Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger angewiesen sei. Diese sei aber gefährdet, wenn der Bürger nicht mehr wissen könne, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn wisse. Die dann zur Verdeutlichung angeführten Beispiele wirken heute allerdings etwas fernliegend. Sie scheinen an ein Staatsbild anzuknüpfen, das wohl eher in einem anderen deut-

⁴⁶⁹ Roßnagel-Abel, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 2.7 Rn 6, S. 197.

⁴⁷⁰ Zur Tatsache, dass die damaligen Befürchtungen rein "prospektiver" Natur waren Roßnagel-Abel, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 2.7 Rn 2, S. 195.

⁴⁷¹ GVBl. I 1970, 625.

⁴⁷² BGBl. I 1977, 201.

⁴⁷³ BVerfGE 65, 1.

⁴⁷⁴ BVerfGE 65, 1, 41f.

⁴⁷⁵ BVerfGE 1, 42f.

schen Staat Realität war: "Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten."⁴⁷⁶ Das BVerfG belässt es aber nicht bei der Bestimmung des Schutzzweck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern formuliert eine sich aus diesem ergebende Befugnis, die bereits deutlich an ein Herrschaftsrecht denken lässt, jedenfalls aber nicht bloß abwehrrechtlich formuliert ist: "Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen."⁴⁷⁷

Grundrechtsgogmatisch ist aus diesem Satz nur die Folgerung zu ziehen, dass jede vom Willen des Betroffenen nicht gedeckte Verwendung personenbezogener Daten einen Grundrechtseingriff darstellt, der rechtfertigungsbedürftig ist. Entsprechend geht das BVerfG nachfolgend auf die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ein. Ein Eingriff ist danach nur dann zulässig, wenn er von einem überwiegenden Allgemeininteresse getragen ist und zudem auf einer - den Geboten der Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit genügenden - präzisen gesetzlichen Grundlage beruht⁴⁷⁸.

II. Begriff der personenbezogenen Daten

Zur Bestimmung des Begriffs der personenbezogenen Daten konnte sich bereits das BVerfG auf die Definition des BDSG beziehen. Nach § 3 Abs.1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhält-

⁴⁷⁶ BVerfGE 65, 1, 43.

⁴⁷⁷ BVerfGE 65, 1, 43.

⁴⁷⁸ BVerfGE 65, 1, 44, 48.

nisse einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person. Der erste Teil dieser Definition - "Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse" - soll eine Umschreibung des Begriffs "Daten" sein. Daran stört bereits die Unterscheidung der Begriffe "sachlich" und "persönlich". Sie ist überflüssig⁴⁷⁹. Auch die Redundanz der Wortreihe "persönliche Verhältnisse" einer "Person" ist offensichtlich. Die Verwendung des Begriffs "*Einzelangaben*" hat auch keinen Sinn. Damit sollen aggregierte oder anonymisierte Daten oder Sammelangaben über Personengruppen ausgeschieden werden⁴⁸⁰, sofern nicht eine Einzelperson gerade als Mitglied dieser Gruppe erkennbar wird. Solche Daten sind aber bereits durch das Definitionsmerkmal "Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar Person" ausgeschieden. Dazu im Einzelnen sogleich unten. Besser wäre es, "Daten" schlicht als "Angaben über Lebenssachverhalte" zu definieren⁴⁸¹. Aber auch das böte noch zuviel Interpretationsspielraum. Im Grunde genommen handelt es sich bei Daten lediglich um "Zeichen" - in der Form von Zahlen, Text, Sprache, Bildern oder ähnlichem.

Die tatsächliche und damit auch die rechtliche Relevanz entsteht erst durch den Personenbezug. Das heißt durch die Zuordnung der Daten zu einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person. Bestimmt sind Daten, die einen unmittelbaren Rückschluss auf die Identität einer Person zulassen⁴⁸². Bloß bestimmbar sind dagegen Daten, die nur mit Zusatzwissen einer Person zugeordnet werden können⁴⁸³. Evident ist die Verwendung zweier Begriffe auch hier nicht erforderlich. Sie dient nur der Verdeutlichung, dass die Zuordnung von Daten zu einer Person nicht bereits vollzogen, sondern nur möglich sein muss.

⁴⁷⁹ In diesem Sinne auch Roßnagel-Tinnefeld, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.1 Rn 18, S. 490.

⁴⁸⁰ Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn 3.

⁴⁸¹ So Roßnagel-Trute, Kap. 2.5 Rn 17, S. 168.

⁴⁸² Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn 9; Roßnagel-Tinnefeld, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.1 Rn 20, S. 491.

⁴⁸³ Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn 9; Roßnagel-Tinnefeld, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.1 Rn 21, S. 491.

Bildlich gesprochen geht es um die Herstellung einer Verknüpfung zwischen den Daten und einer natürlichen Person. Dabei gibt es drei Möglichkeiten: 1. Die Verknüpfung besteht gar nicht, weil es sich um Daten handelt, die vollkommen für sich stehen. 2. Die Verknüpfung besteht und ist für jeden erkennbar. 3. Die Verknüpfung besteht, ist aber nur für eine oder wenige Personen sichtbar. Der Personenbezug ist also relativ⁴⁸⁴. Es bedarf einer größeren oder kleineren intellektuellen Leistung, ihn zu erkennen. Deshalb gilt Nr.2 auch nur eingeschränkt. Wem es an den grundlegenden physischen (Augenlicht etc.) oder intellektuellen Fähigkeiten mangelt, für den ist die Zuordnung im Geiste nicht herzustellen. Dagegen ist mit entsprechendem Aufwand an Technologie und Zeit fast jedes Datum einer Person zuzuordnen, zu re-individualisieren. Personenbeziehbarkeit ist also eine Frage der Wahrscheinlichkeit⁴⁸⁵. Entsprechend geht das Gesetz nicht von einer absoluten Anonymisierung von Daten aus, sondern begnügt sich mit einer faktischen. Nach § 3 Abs.6 BDSG liegt eine Anonymisierung bereits dann vor, wenn die Zuordnung der Daten zu einer Person "nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft" möglich ist.

Das Merkmal der Bestimmbarkeit bezeichnet die Identifizierungsfunktion des personenbezogenen Datums. Wenn der Personenbezug in einer "Verknüpfung" des Datums mit einer Person besteht, dann müssen zwischen Person und Datum "Andockstellen" existieren, die nur in dieser Kombination zusammenpassen. Nur dann kann das Datum die Person identifizieren. Wenn das Datum dagegen auf mehrere Personen zutrifft, fehlt es an der Bestimmbarkeit und damit an der Identifizierungsfunktion.

III. Erfüllung der Kriterien eines besonderen Persönlichkeitsrechts

⁴⁸⁴ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn 9; *Roßnagel-Tinnefeld*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.1 Rn 22, S. 492.

⁴⁸⁵ *Roßnagel-Tinnefeld*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.1 Rn 23, S. 492.

Das Volkszählungsurteil sieht in der informationellen Selbstbestimmung einen Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴⁸⁶. Dieses wiederum ist ein Grundrecht, das sich aus der Zusammenschau der Gewährleistungen des Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG ergibt. Es kann deshalb nicht richtig sein, wenn der BGH – in einer allerdings vereinzelt gebliebenen Entscheidung – das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht existent bezeichnet⁴⁸⁷. Soll aber, wie es hier versucht wird, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, genauer dem Teilbereich der informationellen Selbstbestimmung, ein besonderes Persönlichkeitsrecht herausgelöst werden, befinden wir uns auf der dritten Konkretisierungsebene, mit der zugleich das Verfassungsrecht verlassen und das einfache Recht beschränkt wird.

1. Daten als Persönlichkeitsgut

Personenbezogene Daten wurden hier definiert als Zeichen, die auf eine natürliche Person verweisen, indem sie sie identifizierbar machen. Von dem Datum aus kann gewissermaßen eine Verbindungslinie nachverfolgt werden, die an einer bestimmten Person endet. Wie bei den geläufigen Immaterialgütern und den allgemein anerkannten Persönlichkeitsgütern ist auch bei personenbezogenen Daten der rechtlich zu schützende Gehalt nicht materieller Natur. Er kann beliebig von materiellen Trägern gelöst, auf andere übertragen oder vervielfältigt werden. Um tatsächliche Relevanz zu erlangen, muss der Sinngehalt jedoch in irgendeiner Form sozial kommunizierbar werden. Das erfolgt durch Codierung in sinnlich erfahrbare Weise⁴⁸⁸. Diese wiederum stellt eine Verkörperung, eine "Materialisierung" dar. Das Recht benötigt diesen "Schein der Dinglichkeit", um daran rechtliche Regelungen anknüpfen zu können. Personenbezogene Daten sind regelmäßig auf Datenträgern verkörpert und erfüllen somit dieses Kriterium.

⁴⁸⁶ BVerfGE 65, 1, 41ff.

⁴⁸⁷ BGHZ 91, 233, 238f.

⁴⁸⁸ Die Menschen "informieren" sich einander, indem sie ihre Vorstellungen über die Wirklichkeit durch Worte und Bilder verdinglichen, vgl. lat. informare = Gestalt geben.

Um aber von einem Persönlichkeitsgut sprechen zu können, müssen personenbezogene Daten gemäß obiger Definition auch faktisch verkehrsfähig sein. Das ist der Fall, wenn Dritte sie sich quasi als Objekt zueignen können. Auch diese Voraussetzung kann personenbezogenen Daten nicht abgesprochen werden. Das gesamte Datenschutzrecht basiert ja auf der Annahme der Möglichkeit des Fremdzugriffs. Das BDSG spricht vom "Beschaffen" von Daten⁴⁸⁹, es geht davon aus, dass personenbezogene Daten "übermittelt", das heißt an Dritte weitergegeben werden können⁴⁹⁰. Am deutlichsten drückt sich der Objektcharakter jedoch in der Möglichkeit des "Löschens" aus, das einer physischen Substanzvernichtung eines materiellen Eigentumsobjekts gleichkommt.

2. Verbindung zur Persönlichkeit

Personenbezogene Daten sind somit zwar umlauffähige Entäußerungen einer Person, doch zugleich bleiben sie unlösbar mit dieser Person verbunden. Das ist schon qua definitionem der Fall. Durch Anonymisierung kann die Verbindung zwischen Daten und realer Person zwar unterbunden werden, doch dann handelt es sich eben nicht mehr um "personenbezogene" Daten.

3. Tatbestand

Schließlich ist das Schutzgut auch auf einfachgesetzlicher Ebene tatbestandlich normiert. Die Definition in § 3 Abs.1 BDSG könnte zwar schlanker sein, sie umschreibt den Schutzgegenstand dennoch präzise in seinem Objektcharakter und nicht bloß als Zustand. Auch die Eingriffshandlungen sind mit den Begriffen Erheben, Verarbeiten, und Nutzen in § 3 Abs. 3 – 5 BDSG konkret definiert. § 4 Abs.1 BDSG erklärt in Form eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt jede nichtautorisierte Drittzueignung für rechtswidrig: "Die Erhebung, Verabreichung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewil-

⁴⁸⁹ § 3 Abs.3 BDSG: Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen.

ligt hat." Wie bei den übrigen anerkannten besonderen Persönlichkeitsrechten, handelt es sich hier um einen vorverlagerten, formalisierten Schutz eines Teilaspekts der Persönlichkeit. Die Verfügung über personenbezogene Daten ist als solche ohne Einwilligung des Betroffenen unzulässig, ohne dass es auf eine tatsächliche Beeinträchtigung der Persönlichkeit im Einzelfall ankommt. Das BDSG verleiht dem Einzelnen insoweit ein herrschaftsähnliches Recht auf Abwehr jeder der genannten Benutzungshandlungen seiner Daten durch Dritte. Die gesetzlich normierten Fälle, in denen eine Verfügung über personenbezogene Daten nicht der Einwilligung bedarf⁴⁹¹, sind so gesehen Rechtfertigungsgründe⁴⁹².

IV. Begriff des Identitätsdatenrechts

Sind nach der bisherigen Analyse personenbezogene Daten als Persönlichkeitsgut identifiziert, das auch bereits hinreichend als besonderes Persönlichkeitsrecht ausgebildet ist, so fehlt es doch noch an einer handhabbaren und zugleich eindeutigen Bezeichnung, die Klarheit über Schutzgut und Standort in der Normenhierarchie gibt. Letzteres zumindest fehlt dem Begriff "informationelle Selbstbestimmung". Er reicht bloß als grober Umriss für einen Teilaspekt des umfassenden grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Die Bezeichnung als "Recht an den eigenen Daten" hat den Vorteil der Ähnlichkeit zu den Bezeichnungen anderer besonderer Persönlichkeitsrechte. Zudem wird dieser Begriff zuweilen bereits verwendet⁴⁹³. Abgesehen von seiner sprachlichen Sperrigkeit, täuscht er aber auch, ähnlich wie etwa "das Recht am eigenen Bild", ein Verfügungsrecht über das materielle Substrat vor, das aber bloß Träger der Daten ist. Sinnvoll erscheint es daher, einen Begriff zu wählen, der auf den wesentlichen Unterschied zwischen vom Schutz des Rechts erfassten Daten und sonstigen Daten hinweist. Dieser Unterschied be-

⁴⁹⁰ § 3 Abs.3 Nr. 3 BDSG.

⁴⁹¹ Etwa § 6b, § 13, § 28 BDSG.

⁴⁹² In der datenschutzrechtlichen Literatur meist als "Erlaubnistatbestände" bezeichnet. Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Einführung in das Datenschutzrecht, S. 85ff., 99.

⁴⁹³ *Staudinger-Hager*, § 823 Rn C 173.

steht, wie oben ausgeführt, darin, dass personenbezogene Daten auf ein Individuum verweisen, das durch sie identifizierbar wird. Nahe liegend ist daher eine Wortwahl die diese Identifizierungsfunktion mit einbezieht.

Individualität ist die Eigenartigkeit des einzelnen Wesens, die Gesamtausprägung seiner eigentümlichen Eigenschaften⁴⁹⁴. Individualität ist also ein ebenso weiter Begriff wie "Persönlichkeit" und kommt allein schon deshalb nicht als Präfix einer Rechtsbezeichnung in Betracht. Eine enge inhaltliche Beziehung besteht allerdings zum Begriff der "Identität". Mit diesem wird aber eher die Perspektive des Bewusstseins des Einzelmenschen eingenommen. Die Unterscheidung zwischen dem eigenen Sein und dem Sein Anderer. Die Psychologie spricht von "Ich-Identität" als der Übereinstimmung von subjektiver Selbsteinschätzung und der Beurteilung der eigenen Person durch andere⁴⁹⁵. An diese Begrifflichkeit knüpft die Rechtswissenschaft an, wenn sie von einem "Recht an der Identität" spricht. Darunter wird das Interesse an einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit verstanden⁴⁹⁶. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang vom selbstdefinierten sozialen Geltungsanspruch. Danach soll der Einzelne grundsätzlich selbst entscheiden können, wie er sich Dritten oder der Öffentlichkeit gegenüber darstellen will⁴⁹⁷.

An diese Verwendung des Begriffs "Identität" soll hier nicht angeknüpft werden. Eher an den Identitätsbegriff der Logik, wo Identität die vollkommene Übereinstimmung, das heißt Gleichheit in allen Hinsichten, bedeutet⁴⁹⁸. Am geläufigsten ist diese Verwendung auch in der Alltagssprache, wenn von "identifizieren" gesprochen wird. Eine Person wird genau wiedererkannt, das heißt von allen übrigen Personen als unterscheidbar erkannt. Personenbezogene Daten erfüllen diese Funktion. Der Begriff "Identitätsdaten" erscheint insofern als treffend und soll im Folgenden beibehalten werden.

⁴⁹⁴ Brockhaus-Enzyklopädie, 19. Aufl., Stichwort "Individualität".

⁴⁹⁵ Brockhaus-Enzyklopädie, 19. Aufl., Stichworte "Identität", "Ich-Identität".

⁴⁹⁶ Insbesondere *Ulrich*, Das Recht auf Identität im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, 1995, S. 131ff.

⁴⁹⁷ BVerfGE 54, 148, 155 - Eppler; BVerfGE 54, 208, 217 – Böll/Walden.

V. Abgrenzung der Persönlichkeitsrechte an Identitätsmerkmalen zueinander

Bereits die oben vorgenommene Definition des Begriffs der personenbezogenen Daten ließ erkennen, dass davon auch die Schutzgüter der übrigen besonderen Persönlichkeitsrechte umfasst sind. Eindeutig ist das eigene Bild ein Datum, das auf eine bestimmte Person bezogen ist. Vermutlich ist es sogar das intensivste Mittel, um eine Person erkennbar und identifizierbar zu machen. Auch die Stimme ist dem Menschen eigen und unverwechselbar. Stimmen können sich zwar ähneln, doch lassen sie sich durch akustische Messungen relativ eindeutig voneinander abgrenzen. Diese Möglichkeit wird insbesondere bei der kriminaltechnischen Identifizierung genutzt. Da die Stimme ein natürliches Gut ist, ist sie auch aus sich heraus unterscheidungskräftig⁴⁹⁹. Anderes gilt für den Namen. Er ist kein der Person unmittelbar und unlöslich anhaftendes Wesensmerkmal. Vielmehr wird er, nachdem der Zustand der Namensfreiheit aus polizei- und strafrechtlichen Gesichtspunkten aufgehoben wurde, vom Staat durch Gesetz oder Verwaltungsakt verliehen⁵⁰⁰. Der Name ist daher kein geborenes, sondern ein gekorenes Persönlichkeitsgut⁵⁰¹. Seine Zuordnungsfunktion ist auch von geringerer Zuverlässigkeit, da es das Recht hinnimmt, dass mehrere Personen den gleichen Namen tragen. Ein geläufiger Name ist daher nur bei hinzutreten weiterer Umstände ein personenbezogenes Datum⁵⁰².

Wegen der grundsätzlichen Übereinstimmung der Schutzgüter der sonstigen besonderen Persönlichkeitsrechte mit dem Begriff der personenbezogenen Daten, können im Einzelfall verschiedene persönlichkeitsrechtliche Tatbestände nebeneinander eingreifen. Die Regelungen im BDSG sind jedoch, was den Umgang mit

⁴⁹⁸ Brockhaus-Enzyklopädie, Stichwort "Identität".

⁴⁹⁹ Pfeifer, S. 163.

⁵⁰⁰ Götting, S. 70ff.

⁵⁰¹ Pfeifer, S. 171.

⁵⁰² Simitis-Dammann, BDSG, § 3 Rn 20.

personenbezogenen Daten durch Private betrifft, bisher nur rudimentär. Nur die geschäftsmäßige, berufliche oder gewerbliche Verarbeitung oder Nutzung wird durch das BDSG erfasst (§ 1 Abs.2 Nr.3 BDSG). Zusätzlich gilt die Einschränkung, dass die Vorschriften des BDSG soweit es um ihre Respektierung durch Private geht, grundsätzlich nur dann gelten, wenn die personenbezogenen Daten mit Hilfe automatisierter Verfahren oder in oder aus nicht-automatisierten Dateien verwendet werden (§ 27 Abs.1 S.1 BDSG)⁵⁰³.

Gemeinsam ist allen besonderen Persönlichkeitsrechten, dass sie das Selbstbestimmungsrecht der Person über ihre Persönlichkeitsattribute schützen. Es geht jeweils um die deliktsrechtliche Absicherung der freien Selbstbestimmung. Beim Recht am eigenen Bild wird das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten in Bezug auf die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung seines Bildnisses geschützt. Das heißt die Freiheit seiner Entscheidung darüber, ob und unter welchen Umständen sein Bildnis veröffentlicht werden darf⁵⁰⁴. Das Namensrecht verleiht dem Einzelnen das Recht, seinen Namen zu gebrauchen und anderen den unbefugten Gebrauch seines Namens zu untersagen⁵⁰⁵. Jeweils soll der Einzelne davor bewahrt werden, dass andere sich seiner Persönlichkeit bemächtigen. Der unbefugte Gebrauch von Persönlichkeitselementen wird dabei grundsätzlich nicht anders beurteilt, als die unbefugte Nutzung fremden Eigentums oder fremder Immaterialgüterrechte. Typischerweise wird es dabei um die kommerzielle Ausbeutung solcher verdichteter Ausprägungen der Persönlichkeit durch andere gehen. Ist das Persönlichkeitsrecht aber auf die Abwehr derartiger Eingriffe beschränkt, oder meint Selbstbestimmung hier nicht vielmehr Kontrolle über "identitätsgebende Zeichen" nicht nur im Sinne eines "Für-sich-Behaltens", sondern auch im Sinne (kontrollierter) Weitergabe zur befugten wirtschaftlichen Nutzung?

⁵⁰³ Als Ausnahme bestimmt § 27 Abs.2 BDSG, dass die §§ 28ff. BDSG auch bei der Verwendung personenbezogener Daten gelten, die außerhalb nicht-automatisierter Dateien verarbeitet oder genutzt werden sollen, wenn sie einer automatisierten Verarbeitung entstammen.

⁵⁰⁴ *Helle*, S. 47; *Götting*, S. 29 m.w.N. Bzgl. der Anfertigung eines Bildnisses der eigenen Person greifen die Regelungen des KUG nicht. Hier ist ergänzend auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückzugreifen.

⁵⁰⁵ Vgl. § 12 BGB.

B. Dispositionsmöglichkeiten und -instrumente

Die Identifikation von Daten als Persönlichkeitsgut ermöglicht eine parallele Betrachtung zu den Verfügungsmöglichkeiten, wie sie bei anderen Persönlichkeitsgütern bereits einer eingehenden Analyse durch Rechtsprechung und Lehre unterworfen wurden und Gegenstand der Erörterung im ersten Teil dieser Arbeit waren. Den Keim für die hier vorgeschlagene Sichtweise hat schon das BVerfG gelegt mit der pragmatischen Definition des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als "Befugnis des Einzelnen, selbst über die Verwendung seiner Daten zu bestimmen"⁵⁰⁶. Dennoch wurde es bisher entweder nicht in Erwägung gezogen oder ausdrücklich abgelehnt⁵⁰⁷, Daten als eigentumsähnliches Verfügungsobjekt und Gegenstand von Rechtsgeschäften anzuerkennen und das Recht entsprechend auszugestalten bzw. zu interpretieren. Weiterhin wird in diesem Zusammenhang auf die Prämisse des BVerfG rekurriert, wonach das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit als dessen Teil auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung "nicht im Interesse der Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet wird"⁵⁰⁸. Entsprechend schwach ist die Analyse der bestehenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen im Hinblick auf Daten als Geschäftsgegenstand. Die folgenden Ausführungen werden aber zeigen, dass auch die derzeitigen Normierungen - insbesondere über das Instrument der Einwilligung - ausreichenden Spielraum für die Handhabung der in der Praxis bereits vorzufindenden "Kommerzialisierungen" gewähren.

I. Selbstbestimmung oder normierter Zwang

⁵⁰⁶ BVerfGE 65, 1, 43.

⁵⁰⁷ Vgl. etwa Roßnagel-*Trute*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 2.5. Rn 19, S. 168f.

⁵⁰⁸ BVerfGE 101, 361, 385.

Ganz im Sinne der vom BVerfG propagierten Selbstbestimmung über die eigenen Daten, bestimmt das BDSG, dass es anderen grundsätzlich verboten ist, personenbezogene Daten, die nicht ihre eigenen sind, zu verarbeiten (vgl. § 4 Abs.1 BDSG). Üblicherweise wird von einem "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" gesprochen⁵⁰⁹. Anders als bei der sonst üblichen Verwendung dieses Begriffs im Verwaltungsrecht ergeht die Erlaubnis aber nicht als gesonderter Verwaltungsakt, sondern sie ergibt sich direkt aus dem Gesetz⁵¹⁰. Diese gesetzlichen Erlaubnistatbestände ermöglichen also die Verwendung von bzw. den Zugriff auf Daten einer Person auch zwangsweise gegen den Willen des Betroffenen. Sie stellen Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, die einer Rechtfertigung bedürfen. Wie jedes Grundrecht findet auch die informationelle Selbstbestimmung ihre Schranken im Schutz der Rechte anderer und dem Schutz von Allgemeininteressen. Sämtliche Erlaubnistatbestände des BDSG lassen sich dementsprechend diesen beiden Grundrechtsschranken zuordnen. Die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen (§§ 12ff. BDSG) dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und damit Allgemeininteressen. Die Datenverarbeitung privater (§§ 27ff. BDSG) wird etwa zur "Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle" (§ 28 Abs.1 Nr.2 BDSG) und damit zum Schutz von Rechten privater Dritter zugelassen. Im Übrigen gilt der Vorrang der Selbstbestimmung. Als deren Ausdrucksform kennt das Gesetz vordergründig nur die Einwilligung. Nach § 4 Abs.1 BDSG ist die Datenverarbeitung nur zulässig, soweit eine Erlaubnisnorm einschlägig ist oder eben eine Einwilligung vorliegt. Auch wenn ein Vertrag oder ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis (vgl. § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG) die Rechtfertigung der Datenverarbeitung bildet, wird dementsprechend von einem Eingriffstatbestand gesprochen. Diese Zuordnung verstellt den Blick darauf, dass auch und gerade der Vertrag originäre Ausdrucksform der Privatautonomie und

⁵⁰⁹ *Tinnefeld/Ehmann*, Einführung in das Datenschutzrecht, 99f.

⁵¹⁰ Aus diesem Grund kritisch zur Verwendung des Begriffs "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4 Rn 3.

damit von Selbstbestimmung ist. Er ist nicht etwas anderes als die Einwilligung, sondern er beinhaltet eine Einwilligung.

1. Vertrag oder vertragsähnliches Vertrauensverhältnis

§ 28 BDSG ermöglicht die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung als Mittel für die Erfüllung "eigener Geschäftszwecke". Ein solcher Fall soll etwa dann gegeben sein, wenn die Datenverwendung der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses dient, § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG. Was der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses dient, wird vom Gesetz nicht näher erläutert. Das Schrifttum versteht darunter eine Datenverwendung, die zur Erfüllung der Pflichten oder der Wahrnehmung der Rechte aus einem mit dem Betroffenen geschlossenen Vertrag erforderlich ist⁵¹¹. Erforderlich wiederum ist die Datenverwendung, wenn auf sie zum Erreichen des Vertragszwecks nicht verzichtet werden kann, weil der Zweck sonst nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erfüllt werden kann⁵¹². Eine nähere Eingrenzung des Erforderlichen ist abstrakt nicht möglich⁵¹³. Entscheidend für den zulässigen Umfang der Datenverwendung ist daher die von den Vertragsparteien gesetzte Zweckbestimmung.

Die Zielsetzung dieser Norm ist an sich sehr einfach. Fast jeder Vertrag setzt zu seiner Abwicklung die Erhebung und nachfolgende Verarbeitung von Daten voraus. Wer bei einem Online-Händler ein Buch bestellt, möchte, dass ihm das Buch per Post zugesandt wird und der Kaufpreis von seinem Kreditkartenkonto abgebucht wird. Er muss dafür seine Adressdaten und seine Kreditkarteninformationen dem Händler mitteilen. Die von ihm gewählte Zahlungsmethode setzt auch voraus, dass Daten an die Bank, also an Dritte, übermittelt werden. Das alles weiß der Kunde bei Vertragsschluss und er zeigt mit der Annahme des Vertrages sein Ein-

⁵¹¹ Vgl. etwa Gola/Schomerus, BDSG, § 28 Rn 13.

⁵¹² Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 98.

⁵¹³ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka schlagen vor, künftig durch von privater Seite selbstgesetzte Verhaltensregeln festzulegen, welche Datensätze für bestimmte Vertragstypen erforderlich sind, Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 93.

verständnis. Das Gesetz will hier keine zusätzlichen datenschutzrechtlichen Hürden aufstellen für den alltäglichen Rechtsverkehr, der die Datenverarbeitung nur als *conditio sine qua non* voraussetzt. Insbesondere ist keine gesonderte Einwilligung in die Datenverarbeitung erforderlich. Die besonderen Voraussetzungen der Einwilligung, etwa die Aufklärungspflichten, sind daher nicht zu beachten. Der entscheidende Unterschied zu den unten zu behandelnden Fällen der Einwilligung ist die Tatsache, dass hier die Daten nicht den primären Geschäftszweck bilden. Sie sind nur Mittel zum Zweck⁵¹⁴. Der Zweck ist die Abwicklung des dahinterstehenden Geschäfts. Die Datenverarbeitung erfolgt aber dennoch nicht fremdbestimmt, sie ist vielmehr in dem Vertrag mitkonsentiert. Weil es sich um *essentialia negotii* handelt, unterliegen die Daten auch der vollen Vertragsbindung. Im Sinne der im ersten Teil dieser Arbeit erörterten "Stufenleiter der Gestattungen" bei Persönlichkeitsrechten handelt es sich um eine Disposition in Form eines schuldrechtlichen Gestattungsvertrags. Die Datenverarbeitung zur Durchführung eines Vertragsverhältnisses bedarf so gesehen keiner ausdrücklichen "Ermächtigungsgrundlage"⁵¹⁵ wie sie § 4 Abs.1 i.V.m. § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG formuliert. Die Rechtmäßigkeit dieser Form der Datenverwendung ergibt sich vielmehr schon aus dem Grundsatz *volenti non fit iniura*, dessen Ausdrucksformen in den Dispositionsmöglichkeiten über Persönlichkeitsrechte sie sich zwanglos zuordnen läßt. Die Vorgehensweise des BDSG, die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung den heteronomen Eingriffstatbeständen beizustellen, erweist sich nach hier vertretener Ansicht als missverständlich. Nicht das Gesetz erlaubt hier, sondern der einzelne durch seinen Vertragsschluss. *De lege ferenda* sollte daher das Gesetz klar trennen zwischen den Ausdrucksformen der Einwilligung (explizite Einwilligung, Vertrag, vertragsähnliches Verhältnis) und Eingriffstatbeständen, die den Zwangszugriff ohne und gegen den Willen des Betroffenen zulassen und die ihre Rechtfertigung in dem Schutz der Rechte anderer finden. Statt für Letzteres den unbe-

⁵¹⁴ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn 4.

⁵¹⁵ So die Bezeichnung von Roßnagel-Holznagel/Hoeren, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8 Rn 16, S. 685; Roßnagel-Bizer, TDDSG, § 3 Rn 151ff.

stimmten Begriff der "berechtigten Interessen" zu verwenden, sollte klar spezifiziert werden, dass es sich um private Rechtsverfolgung und Gefahrenabwehr handelt⁵¹⁶.

2. Einwilligung

Jede Datenverarbeitung, die nicht durch einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gedeckt ist, bedarf zu ihrer Legitimation der Einwilligung⁵¹⁷. Diese Prämisse enthält bereits die wesentlichen Aussagen zu Anwendungsbereich und Gegenstand der Einwilligung im Datenschutzrecht.

a) Anwendungsbereich

Ein in der datenschutzrechtlichen Literatur als "Zweckänderung" firmierender Anwendungsfall der datenschutzrechtlichen Einwilligung ergibt sich aus der obigen Erörterung der Fallgestaltung, die § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG zum Gegenstand hat⁵¹⁸. Erfolgt die Datenverarbeitung im Rahmen eines Vertrages, der nicht selbst diese Datenverarbeitung als primären Geschäftszweck hat, so ist die Datenverarbeitung nur in dem Maße, wie sie für dessen Durchführung erforderlich ist, durch den Vertragsschluss mitkonsentiert⁵¹⁹. Es besteht eine strenge Bindung an den Vertragszweck⁵²⁰. Die Datenverarbeitung ist allein an die Erfüllung ihrer Hilfsfunktion gebunden. Jede nicht in diesem Sinne erforderliche Datenverarbeitung ist rechtswidrig. Das wäre etwa der Fall, wenn bei vorgenanntem Beispiel der Warenbestellung der Händler die ihm überlassenen Kundendaten nicht nur für die Abwicklung des Buchkaufs, sondern zudem für eine Werbekampagne oder für Zwecke der Marktforschung oder gar für das Betreiben eines Adresshandels nutzen würde. Eine solche nachträgliche Änderung des Verarbeitungszweckes stellt eine unzulässige Anmaßung von Herrschaftsbefugnissen über die Daten eines

⁵¹⁶ In diesem Sinne wohl auch *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierungsgutachten, S. 78.

⁵¹⁷ Vgl. § 4 Abs.1 BDSG.

⁵¹⁸ Zur "Zweckänderung" als Auslöser des Einwilligungserfordernisses etwa *Roßnagel-Bizer*, TDDSG, § 3, Rn 158.

⁵¹⁹ Siehe die Ausführungen oben zu § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG.

anderen dar. Das Vorgehen wäre nur bei vorheriger Einwilligung des Betroffenen zulässig.

So klar die theoretische Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Datenverarbeitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses sein mag, so schwierig kann die Abgrenzung im Einzelfall sein. Deshalb wird hier ein möglicher Gegenstand für eine den rechtlichen Datenschutz konkretisierende und ergänzende Selbstregulierung durch Wirtschaftsverbände, Berufsverbände oder sonstige Vereinigungen gesehen⁵²¹. Von privater Seite selbstgesetzte Verhaltensregeln sollen festlegen, welche Datensätze für bestimmte Vertragstypen erforderlich sind⁵²². Manche Unklarheit könnte aber schon dadurch eliminiert werden, dass die Sichtweise von Datenverarbeitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses als Eingriffstatbestand aufgegeben wird und stattdessen in Kategorien des Vertragsrechts gedacht wird.

Im Vorgriff auf die weiter unten erfolgende Auseinandersetzung mit dem Begriff der Zweckbindung soll bereits an dieser Stelle anhand eines Beispiels gezeigt werden, dass es hier um nichts anderes als Vertragsauslegung geht: Ein Kaufhaus bietet seinen Kunden ein Bonusprogramm an, bei dem der Kunde für gekaufte Produkte eine vom Warenwert abhängige Anzahl an Bonuspunkten gutgeschrieben bekommt. Die Bonuspunkte kann er später in Prämien oder Geld umtauschen⁵²³. Datenschutzrechtlich beurteilt sich die Teilnahme an dem Bonusprogramm zunächst nach § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG. Denn es kommt ein Vertrag zustande, der das Unternehmen verpflichtet, Prämien und Geld für gesammelte Punkte zu gewähren. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ist aber auf die Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses beschränkt. Folgt daraus, dass in diesem Fall die zulässige Verarbeitung nicht über die Erfassung von Name, Anschrift, Zahl der gesammelten Punkte und Art der gekauften Waren hinausgehen darf? Erfordert daher die Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Da-

⁵²⁰ Roßnagel-Hoeren, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.6 Rn 17ff., S. 605.

⁵²¹ Für Stärkung des Instruments der Selbstregulierung insbesondere Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 153ff.

⁵²² Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 93.

⁵²³ Beispiel nach Landesbeauftragter für den Datenschutz NRW, Datenschutzbericht 2003, S. 85ff.

ten etwa für Werbe- und Marktforschungszwecke eine zusätzliche, ausdrückliche Einwilligung der Kunden, weil dieser Verarbeitungszweck für die Abwicklung des Rabattversprechens nicht erforderlich ist?⁵²⁴ Oder stellt sich das Bonusprogramm für den Kunden so dar, dass die Überlassung seiner personenbezogenen Daten zu Marketingzwecken eine Gegenleistung zur Gewährung der Rabatte bedeutet und die werbende Ansprache durch den Systembetreiber sogar eine eigene vertragliche Gegenleistung des Systempartners bzw. Händlers ist. Jede pauschale Beantwortung verbietet sich hier. Vielmehr kann die Reichweite der vertraglich erlaubten Datennutzung nur anhand einer einzelfallbezogenen (teleologischen) Auslegung des jeweiligen Vertrages ermittelt werden.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen der zur Abwicklung eines Vertrages mitkonsentierten und einer darüber hinausgehenden Datenverarbeitung stellt sich nicht, wenn zwischen dem Betroffenen und dem Datenverwender gar keine Abrede in Form eines Vertrages oder auch eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses existiert. Hier ist die ohne Einwilligung erfolgende Datenverwendung offensichtlich unzulässig.

b) Gegenstand

Bereits der Titel von § 28 BDSG "Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für eigene Zwecke" zeigt, dass der Gesetzgeber nicht die Vorstellung hatte, Daten könnten selbst den Vertragszweck und -gegenstand darstellen. Die Anerkennung des Vertrages als "Erlaubnistatbestand" für Datenverarbeitung ist vielmehr von dem Gedanken getragen, dass die mutige Postulierung eines Selbstbestimmungsrechts an den eigenen Daten nicht dazu führen soll, die seit jeher zur Vertragsabwicklung praktizierte Datenverarbeitung einer expliziten und isoliert erfolgenden Erlaubnis zu unterstellen. § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG ist daher für die hier zu erörternde Frage der Dispositionsmöglichkeiten über das Identitätsdatenrecht weitgehend untauglich. Das Gesetz stellt für den Fall, dass personenbezogene Daten

⁵²⁴ So Landesbeauftragter für den Datenschutz NRW, Datenschutzbericht 2003, S. 86f.

selbst primäres Objekt einer Disposition sind, nur die Einwilligung zur Verfügung. Verallgemeinernd lässt sich sagen: Die Einwilligung hat immer Daten zum alleinigen Gegenstand und immer wenn Daten alleiniger Geschäftsgegenstand sind, ist die Einwilligung erforderlich. Das Dispositionsinstrument Einwilligung wird aber weder im BDSG noch in anderen datenschutzrechtlichen Normierungen im Hinblick auf Rechtsnatur, Reichweite, Ausgestaltungsformen und seine Zuordnung zu den sonstigen Instrumenten der Privatautonomie näher konkretisiert. Lediglich zu einigen formalen und inhaltlichen Voraussetzungen, auf die noch zurückzukommen sein wird⁵²⁵, macht das Gesetz Angaben. Die im ersten Teil dieser Arbeit vorgenommene allgemeine Analyse der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung erweist nun ihre Notwendigkeit.

II. Rechtsgeschäfte über das Identitätsdatenrecht

Das Datenschutzrecht ist nur ein weiteres Beispiel für den Umstand, dass in der persönlichkeitsrechtlichen Normsetzung in der Regel nur die Einwilligung als Mittel zur Eingriffsgestattung vorgesehen ist. Das führt, zusammen mit der weiterhin vorzufindenden ablehnenden Haltung gegenüber jeglicher Form der "Kommerzialisierung" von Persönlichkeitselementen⁵²⁶, zu der verkürzten Sichtweise, dass bei Persönlichkeitsrechten die allgemeinen Dispositionsformen des Zivilrechts keine Anwendung finden. Die Einwilligung soll danach nur eine jederzeit widerrufliche Erlaubnis darstellen⁵²⁷. Jede Form der Bindung gegen (den zwischenzeitlich geänderten) Willen soll nicht möglich sein. Die hier vorgenommene Untersuchung hat dagegen zu dem Ergebnis geführt, dass der Begriff der Einwilligung nur den Oberbegriff für verschiedene Formen der Gestattung bildet, die sich nach der Stärke der rechtlichen Bindung unterscheiden und von denen die

⁵²⁵ Siehe unten Zweiter Teil, C.

⁵²⁶ Speziell unter Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung etwa *Podlech/Pfeifer*, Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis zu modernen Werbestrategien, RDV 1998, 139, 146; *Simitis*, Die Erosion des Datenschutzes, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 5ff.; *ders.*, Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept, DUD 2000, 714, 720ff.

einfache, widerrufliche Einwilligung nur die unterste Stufe darstellt⁵²⁸. Im Folgenden soll nun der Versuch unternommen werden, den bei Persönlichkeitsrechten als prinzipiell möglich eingestuften Bindungsformen Beispiele aus der Praxis des "Datenhandels" zuzuordnen. Die vertragstypologische Einordnung soll dabei nur als grobe Orientierung dienen.

1. Konstitutive Rechtsübertragung

Die vollständige oder translativ Übertragung der Befugnisse aus einem Persönlichkeitsrecht scheidet prinzipiell aus⁵²⁹. Möglich ist dagegen nach richtiger Auffassung die konstitutive oder gebundene Rechtsübertragung, weil sie keinen vollständigen Rechtsverlust darstellt, sondern dem Inhaber des Persönlichkeitsrechts Einflussmöglichkeiten in ausreichendem Maße belässt. Die konstitutive Rechtsübertragung hat dingliche Wirkung. Der Erwerber erhält ein eigenes Recht, das auch gegenüber Dritten wirkt⁵³⁰. Leitentscheidung ist der Fall eines „Merchandising-Sponsor-Promotion-Vertrages“. Die unter dem Künstlernamen „Nena“ auftretende Sängerin hatte alle für die kommerzielle Nutzung des akustischen und optischen Umfelds erforderlichen Rechte, insbesondere das Recht am eigenen Bild, das Recht am Namen und das Recht am Logo einer Gesellschaft zur Verwertung übertragen. Diese verwertete Namen und Bildnis von Nena für verschiedene Waren, etwa T-Shirts, Postkarten, Tragetaschen. Dazu schloss sie mit Herstellern und Händlern Lizenzverträge ab. Gegen einen Konkurrenten, der verschiedene Produkte ebenfalls mit Foto, Logo und Namen von Nena ausstatten ließ, erhob die Verwertungsgesellschaft Klage. Der BGH gab der Klage statt und gewährte der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr. Die Beklagte habe durch die unbefugte Verwertung die für die Gestattung der wirtschaftlichen Verwertung übliche Vergütung auf Kosten der Klägerin erspart. Der Klägerin stünde deshalb über die Eingriffskondiktion nach § 812 BGB ein Berei-

⁵²⁷ Zu dieser Auffassung oben, Erster Teil, C., III.

⁵²⁸ Siehe oben Erster Teil, D. II.

⁵²⁹ Siehe oben, Erster Teil, D., II., 1.

cherungsanspruch zu⁵³¹. Obwohl sich der BGH hierzu nicht eindeutig äußert, wird die Entscheidung von einem Teil der Literatur als Anerkennung der Möglichkeit gebundener Rechtsübertragungen angesehen⁵³².

Bei den in der Nena-Entscheidung gegenständlichen Persönlichkeitsattributen, dem eigenen Bild, dem (Künstler)Namen, dem Logo, handelt es sich um personenbezogene Daten im Sinne des hier propagierten Identitätsdatenrechts. Dies gilt unabhängig davon, dass sie Gegenstand speziell kodifizierter Persönlichkeitsgüterrechte sind⁵³³. Die Entscheidung dient daher auch als Beispiel für Verfügungen über sonstige Identitätsdaten. Allgemein kommt die konstitutive Rechtsübertragung immer dann in Betracht, wenn jemand andere mit der Verwertung seiner personenbezogenen Daten betraut. Der Betreffende kann oder will seine Persönlichkeitsrechte nicht in allen Bereichen selbst wahrnehmen, sondern möchte oder muss andere dabei für sich einsetzen oder sie mitwirken lassen. Bisher betraf das in der Praxis nur die seit langem anerkannten rechtlich verselbständigten personenbezogenen Daten, wie eben Bild oder Name. Für andere personenbezogene Daten bestand kein Kommerzialisierungsbedürfnis. Erst die zunehmende Bedeutung von Marketingaktivitäten der Unternehmen hat praktisch jedes personenbezogene Datum eines jeden zu einem Marktgut gemacht, das auch Abnehmer finden kann. Konsequenterweise war daher der, mittlerweile eingestellte, Versuch eines Unternehmens, als Verwerter für personenbezogene Daten gegenüber Dritten aufzutreten, die diese Daten zu Werbe- und oder Marktforschungszwecken verwenden möchten. Der Kunde konnte über einen umfangreichen Fragebogen marketingrelevante Informationen zu seiner Person, etwa über Interessen, Gewohnheiten, Kaufvorlieben etc., dem Verwerter gegenüber preisgeben. Dieser hat dann an interessierte Dritte Verwertungsrechte an diesen Daten erteilt. Das dabei erzielte Ent-

⁵³⁰ Siehe Erster Teil, D., II., 2.

⁵³¹ BGH, GRUR 1987, 128; BGH, JZ 1987, 158.

⁵³² *Ullmann*, Caroline v., Marlene D., Eheleute M. – ein fast geschlossener Kreis, WRP 2000, 1049, 1052; *Forkel*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491ff.

⁵³³ Vgl. oben Zweiter Teil, A., V.

gelt teilte sich die Verwertungsgesellschaft mit dem datenüberlassenden Kunden⁵³⁴.

Ein anderes Beispiel sind kommerzielle Biobanken, die zu Forschungszwecken gegen Entgelt an Pharmaunternehmen oder Universitäten Nutzungsrechte an genetischen Daten erteilen⁵³⁵. Ein entsprechendes Projekt ist etwa die in Großbritannien im Aufbau befindliche „UK-Biobank“⁵³⁶. Geplant als „world's biggest resource for the study of the role of nature and nurture in health and disease“ sollen die Daten von bis zu 500.000 Teilnehmern gespeichert und zum Abruf aufbereitet werden. Die Teilnehmer geben, unter anderem für genetische Analysen, eine Blutprobe ab, sie füllen einen Fragebogen zu ihren Lebensgewohnheiten aus und sie geben ihr Einverständnis in die Übernahme sämtlicher Daten aus ihren Krankenakten in den Bestand der Biobank. Um die Datensammlung besonders effektiv für Forschungszwecke zu machen, soll die Verbindung zu den Teilnehmern aufrechterhalten werden, um eventuell erneut Befragungen vorzunehmen oder um weitere Blutproben einzuholen. UK Biobank Limited sieht sich als Eigentümerin der Daten und Proben. Entsprechend nimmt sie auch das Recht für sich in Anspruch, allein über Zugang und Nutzung der Daten zu entscheiden und selbst gegen nicht autorisierte Nutzung oder Missbrauch rechtlich vorzugehen. Für die Datennutzung durch Dritte sollen Lizenzen erteilt werden, die die erlaubte Datenverwendung und die Nutzungsbedingungen genau festlegen. Die Höhe der Gebühren soll sich unter anderem danach richten, ob der Nachfragende einen kommerziellen Nutzen aus der Verwendung der Datenressource ziehen will oder nicht. Das betrifft etwa Pharmaunternehmen, die produktorientierte Forschung betreiben im Gegensatz zu universitärer Grundlagenforschung. Die Teilnehmer können keine finanzielle Beteiligung an den Einnahmen der Biobank erwarten.

⁵³⁴ Es handelte sich um den von der Hamburger Firma „Cocus“ angebotenen Dienst „iFay“.

⁵³⁵ Zur datenschutzrechtlichen Problematik der Verarbeitung genetischer Daten: *Menzel*, Datenschutz - DNA-Analysedaten, in: Sokol, Der gläserne Mensch – DNA-Analysen, eine Herausforderung an den Datenschutz, S.4ff.

⁵³⁶ www.biobank.ac.uk.

2. Schuldrechtlicher Gestattungsvertrag

Wenn eine dinglich wirkende Gestattung nicht in Betracht kommt oder aus dogmatischen Erwägungen generell abgelehnt wird, kann in der Regel zumindest von einer obligatorischen Verpflichtung ausgegangen werden. Ein bekanntes Beispiel für diese Fallgestaltung ist die Datenübermittlung an die Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (Schufa) im Rahmen von kreditbedingten Geschäften mit Banken, Kreditkarten- und Leasinggesellschaften, Versand- und Einzelhandel, Telefongesellschaften sowie sonstigen Unternehmen, die Lieferungen und Leistungen gegen Kredit gewähren. Der an dem kreditbedingten Geschäft interessierte Kunde willigt dabei in die Übermittlung folgender Daten durch seinen Vertragspartner an die Schufa ein⁵³⁷: Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort, Anschrift, Art, Gegenstand und Zahlungsvereinbarung des jeweiligen Geschäfts sowie vom bestehenden Vertrag abweichendes Zahlungsverhalten. Die Übermittlungsvereinbarung gilt für die gesamte Laufzeit des jeweiligen Kreditgeschäfts. Nach dessen Beendigung beträgt die Löschfrist der Schufa-Daten in der Regel drei Jahre. Zugriff auf die Daten haben während dieser Zeit kreditgewährende Unternehmen, die gegenüber der Schufa „ein berechtigtes Interesse an den Daten im Einzelfall glaubhaft darlegen können“⁵³⁸.

Ein weiteres in der Praxis häufig vorkommendes Beispiel für einen schuldrechtlichen Gestattungsvertrag über personenbezogene Daten sind die so genannten „Schweigepflichtentbindungserklärungen“, die sich private Krankenversicherungen regelmäßig schon bei Abschluss des Versicherungsvertrages von dem Versicherungsnehmer erteilen lassen, damit die behandelnden Ärzte ihnen gegenüber Patientendaten offenbaren dürfen. Gesetzliche Krankenkassen bedürfen eines solchen Vorgehens nicht, da der Datenfluss zwischen ihnen und den Ärzten in SGB V geregelt ist. Die Titulierung als Entbindung von der Schweigepflicht nach § 203 StGB ist insofern irreführend, als der Blick darauf verstellt wird, dass eine unautorisierte Weitergabe der Patientendaten durch den Arzt bereits nach allgemeinen

⁵³⁷ Vgl. die unter www.schufa.de abrufbare sog. „Schufa-Klausel“.

Datenschutzregelungen unzulässig ist und die strafrechtliche Sanktionierung nicht konstituierend für die Notwendigkeit der Einwilligung ist, sondern lediglich eine Verschärfung der Rechtsfolgen darstellt. Die Datenerhebung aufgrund dieser Gestattung erfasst zunächst Daten die zur Prüfung möglicher Versicherungsrisiken des zukünftigen Versicherungsnehmers dienen und - wenn der Versicherungsvertrag zustande gekommen ist - die Daten, die im Versicherungsfalle zur Beurteilung der Leistungspflicht der Versicherung erforderlich sind⁵³⁹.

Ähnlich zu beurteilen ist die Weitergabe von Patientendaten durch den behandelnden Arzt an privatärztliche Verrechnungsstellen⁵⁴⁰. Sie ist nicht bereits durch die Zweckbestimmung des Behandlungsvertrages gedeckt, da sie zum Einzug der Forderungen grundsätzlich nicht erforderlich ist. Der Arzt könnte die Rechnung auch selbst stellen und die Forderung auch selbst einziehen. Die Datenübermittlung bedarf daher einer ausdrücklichen Einwilligung⁵⁴¹.

Ein weniger bekanntes Beispiel für eine vertraglich vereinbarte Datenverwendung ist der "Preisausschreiben-Service". Dabei verpflichtet sich ein Dienstleister, den Nutzer mit dessen personenbezogenen Daten bei Online- und Postkartengewinnspielen zur Teilnahme anzumelden. Der Dienstleister übernimmt das Beschriften und rechtzeitige Versenden von Gewinnkarten an die jeweiligen Gewinnspielveranstalter bzw. trägt die Angaben des Nutzers bei Online Gewinnspielen in die Teilnahmemasken der Veranstalter ein⁵⁴². Datenschutzrechtlich problematisch ist dabei, dass der Nutzer nicht weiß, an wen und zu welchen Bedingungen seine Daten übermittelt werden und wie sie dort weiterverwendet werden.

⁵³⁸ Dieser Passus der aktuellen Schufa-Klausel entspricht § 29 Abs.2 Nr.1 a) BDSG.

⁵³⁹ Die in der Mustervorlage der privaten Krankenversicherungen (abgedruckt in: Veröffentlichungen d. Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen 11/1989, S. 345f.) vorgesehene Ermächtigung zur Datenerhebung zwecks Leistungsprüfung wird derzeit von Datenschützern als zu unbestimmt kritisiert, vgl. Medical Tribune Deutschland, 14/2004, S. 47.

⁵⁴⁰ Hierzu näher *Körner-Dammann*, Weitergabe von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen, NJW 1992, 729ff. und *Fischer/Uthoff*, Das Recht der formularmäßigen Einwilligung des Privatpatienten bei externer Abrechnung, MedR 1996, 115ff.

⁵⁴¹ BGH, NJW 1993, 2371, 2372.

⁵⁴² Vgl. www.winwin.de.

Weniger aufwendig als das oben beschriebene Modell einer Verwertungsgesellschaft für Verbraucherdaten, ist das direkte - heute vielfach online erfolgende - Einholen der gewünschten Informationen über Fragebögen. Dadurch bietet sich die Möglichkeit, gezielt gruppenorientiert und regional untergliedert, Werturteile zu Produkten oder Marketingmaßnahmen (insbesondere Werbespots) zu erhalten. Den Umfrageteilnehmern wird regelmäßig eine geringfügige Vergütung für Zeitaufwand und Verbindungskosten versprochen⁵⁴³.

Ein weiteres Beispiel der Einwilligung in Form der vertraglichen Gestattung ist die Mitarbeiterüberwachung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen. Betroffen sind hier insbesondere Tätigkeiten, die praktisch ausschließlich per Telefon erfolgen. Das sind etwa Beschäftigungen in Call-Centern oder bei der Markt- und Meinungsforschung. Arbeitgeber haben hier aus Gründen der Qualitätssicherung ein hohes Interesse, Inhalte und Durchführung der einzelnen Telefongespräche zu kennen und zu bewerten. In der Praxis erfolgt „Qualitätssicherung durch Mithören“ auf unterschiedliche Weise. Neben dem offenen, direkten Mithören des vom Arbeitnehmer am Arbeitsplatz gesprochenen Wortes ohne Verwendung elektronischer Hilfsmittel werden unterschiedliche Varianten des „indirekten Mithörens“ unter Nutzung technischer Vorkehrungen praktiziert. Die Zustimmung zu diesen Maßnahmen wird meist schon mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages verlangt⁵⁴⁴.

3. Einfache Einwilligung

Der Hauptanwendungsfall einfacher, frei widerruflicher Einwilligungen sind Zwecke der Marktforschung, des permission based marketing sowie der Angebotsoptimierung. Das derzeit bekannteste und größte Kundenbindungsprogramm des Einzelhandels, die „Payback-Karte“, trennt strikt zwischen der Nutzung von Daten zur Abwicklung des Rabattversprechens und deren Auswertung und Nut-

⁵⁴³ Vgl. etwa www.tns-emnid.com; www.mediatransfer.de; www.opinionpool.de.

⁵⁴⁴ Hierzu näher *Wedde*, Zur Mitarbeiterüberwachung in Arbeitsverhältnissen, DUD 2004, 21ff.; *ders.*, Die wirksame Einwilligung im Arbeitnehmerdatenschutzrecht, DUD 2004 169ff.

zung zur Werbung und Marktforschung. Letzteres wird nur auf Basis einer gesonderten, ausdrücklichen und jederzeit widerruflichen Einwilligung vorgenommen⁵⁴⁵. Gleiches gilt für das Kundenbindungsprogramm „miles&more“⁵⁴⁶. Der Internet-Versandhändler „amazon.com“ dagegen listet in seiner „Datenschutzerklärung“ als Teil der AGB sämtliche Datenverwendung des Unternehmens auf und sieht in dem Akzeptieren der AGB zugleich eine jederzeit widerrufliche Einwilligung in die entsprechende Datenverarbeitung. Dabei wird jedoch nicht getrennt zwischen der durch einen gesetzlichen Eingriffstatbestand ohnehin sanktionierten bzw. der zur Vertragsdurchführung erforderlichen Datenverarbeitung und sonstiger, darüber hinausgehender Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten der Kunden⁵⁴⁷. Aus kautelarjuristischer Sicht ist diese Vorgehensweise verständlich. Wird doch so die Unsicherheit über die Reichweite der gesetzlichen Legitimationsgrundlage dadurch kompensiert, dass im Zweifel ohnehin die Einwilligung greift. Sie widerspricht aber dem vom Gesetzgeber gewählten Prinzip der Trennung zwischen erforderlicher Datenverarbeitung als Sekundärzweck und der über die verschiedenen Formen ausdrücklicher Einwilligung zu legitimierenden Datenverarbeitung als Primärzweck eines Rechtsgeschäfts⁵⁴⁸.

C. Dispositions Voraussetzungen

⁵⁴⁵ Vgl. www.payback.de.

⁵⁴⁶ Vgl. www.miles-and-more.com.

⁵⁴⁷ Insbesondere die umfangreiche automatische Erfassung von Informationen ist hier zu nennen: „Beispiele für Informationen, die wir sammeln und analysieren, schließen die Internet-Protocol-Adresse (IP) ein, die Ihren Computer mit dem Internet verbindet, Empfangs- und Lesebestätigungen von E-Mails, Logins, E-Mail-Adressen, Passwörtern, Informationen über Computer und Verbindung zum Internet wie z. B. Browsertyp und -version, Betriebssystem und Plattform, Ihre Bestellhistorie, die wir manchmal mit ähnlichen Informationen anderer Kunden zusammenführen und in nicht persönlich identifizierbarer Form in Features wie Topseller abbilden sowie der komplette Uniform Resource Locators (URL) Clickstream zu, durch und aus unserer Website, d. h. die Reihenfolge der Seiten unseres Internet-Angebots, die Sie aufsuchen, einschließlich Datum und Zeit, Cookie-Nummer, der Produkte, die Sie angeschaut oder nach denen Sie gesucht haben, zShops, die Sie besucht haben. Außerdem Ihre Historie bei Auktionen sowie die Telefonnummern, die Sie benutzt haben, um unsere 0800-Nummern anzurufen.“, Auszug aus amazon.de – Datenschutzerklärung, abrufbar unter www.amazon.de.

⁵⁴⁸ Ablehnend auch Simitis-Sokol, BDSG, § 4 Rn 6; a.A. Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8 Rn 18, S. 685f.

Die oben dargestellten Beispiele sollen lediglich einen Einblick in die verschiedenen Erscheinungsformen privatautonomen Handelns in Bezug auf personenbezogene Daten ermöglichen und den Sinn dafür öffnen, dass die Einwilligung auch im Datenrecht mehr ist als nur eine unverbindliche Eingriffserlaubnis. Ob ein solches Handeln im Einzelfall tatsächlich zulässig ist, hängt von der Erfüllung der hier als "Dispositions Voraussetzungen" bezeichneten Anforderungen an die Einwilligung ab. Im Ersten Teil der vorliegenden Arbeit wurden die für sämtliche Formen der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung geltenden allgemeinen Voraussetzungen herausgearbeitet⁵⁴⁹. Die Richtschnur bildete dabei das Verständnis auch der einfachen Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Dementsprechend bildete die Orientierung an den Regelungen des BGB den Ausgangspunkt. Bereits diese stellen eine generalisierende Abwägung zwischen Selbstbestimmung, Selbstschutz, den Rechten anderer und Allgemeininteressen dar, die sich weitgehend bewährt hat. Wie diese Grundsätze auf die Selbstbestimmung im Datenschutzrecht übertragen werden können und welche Interpretation der dort normierten speziellen Einwilligungsvoraussetzungen sie zulassen, ist Gegenstand der folgenden Erörterungen.

I. Normierte Voraussetzungen

Das deutsche Datenschutzrecht ist wegen des Vorrangs bereichsspezifischer Regelungen⁵⁵⁰ in hunderte Spezialgesetze ausgefächert⁵⁵¹. Ursächlich hierfür ist eine Formulierung des BVerfG im Volkszählungsurteil, wonach ein Zwang zur Angabe personenbezogener Daten voraussetze, dass der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt⁵⁵². Ob daraus jedoch zwangsläufig die bisher verfolgte Strategie der Verrechtlichung folgt, ist umstrit-

⁵⁴⁹ Siehe oben Erster Teil, E.

⁵⁵⁰ Vgl. § 1 Abs.3 S.1 BDSG.

⁵⁵¹ R/P/G, Modernisierungsgutachten, S. 13.

ten⁵⁵³. Insofern verwundert es aber nicht, dass auch die Einwilligung in zahlreichen dieser datenschutzrechtlichen Normierungen ausdrücklich genannt ist. Explizite Definitionen der Einwilligung finden sich in der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46⁵⁵⁴, im BDSG, das als Umsetzung der Richtlinie in die nationale Rechtsordnung zu verstehen ist sowie in den Landesdatenschutzgesetzen⁵⁵⁵. Die bereichsspezifischen Regelungen bauen hierauf auf, enthalten aber teilweise Sonderbestimmungen, wie etwa ein ausdrückliches Kopplungsverbot⁵⁵⁶.

1. Datenschutzrichtlinie

Die EG-Datenschutzrichtlinie 95/46 bestimmt den Begriff der Einwilligung in Art. 2 lit. h). Der besseren Übersicht halber soll hier nicht der gesamte Text wiedergegeben werden, sondern nur die dort genannten einzelnen Einwilligungsvoraussetzungen. Danach muss die Einwilligung ergehen:

- ohne Zwang⁵⁵⁷
- für den konkreten Fall⁵⁵⁸
- in Kenntnis der Sachlage⁵⁵⁹

2. Bundesdatenschutzgesetz

Das Bundesdatenschutzgesetz regelt die Einwilligung in § 4a. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung sind danach:

- freie Entscheidung
- Hinweis auf den vorgesehen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung
- Hinweis auf die Folgen der Verweigerung, soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich oder auf Verlangen

⁵⁵² BVerfGE 65, 1, 46.

⁵⁵³ Befürwortend *Simitis* -Simitis, BDSG, Einleitung Rn 48. Dagegen *R/P/G*, Modernisierungsgutachten, 52ff.

⁵⁵⁴ Richtlinie 95/46 v. 24.10.1995, ABl. EG Nr. L 281/31 v. 23.11.1995.

⁵⁵⁵ Bspw. § 7 Abs.2 HDStG.

⁵⁵⁶ Dazu näher unten, Zweiter Teil, C., III., 2.

⁵⁵⁷ Englische Fassung: "freely given". Französische Fassung: "libre".

⁵⁵⁸ Englische Fassung: "specific". Französische Fassung: "spécifique".

⁵⁵⁹ Englische Fassung: "informed". Französische Fassung: "informé".

- Schriftform
 - Besondere Hervorhebung, wenn Erteilung zusammen mit anderen Erklärungen
- Daneben nennt § 4 Abs.3 BDSG noch weitere Anforderungen im Hinblick auf Informationspflichten. Danach hat die verantwortliche Stelle den Betroffenen zu unterrichten über:
- die Identität der verantwortlichen Stelle
 - die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung
 - die Kategorien von Empfängern, soweit mit der Übermittlung nicht zu rechnen ist.

II. Aufklärungspflichten

Die im ersten Teil vorgenommene Untersuchung der Aufklärungspflichten im Vorfeld einer persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung war bewußt losgelöst von etwaigen gesetzlichen Bestimmungen, um allgemeine Aussagen treffen zu können, die auch außerhalb eines bestimmten Normkontextes anwendbar sind. Für die nun fokussierte datenschutzrechtliche Einwilligung sind dagegen Bestimmungen vorhanden, die dem Rechtsanwender verbindliche Vorgaben machen. Sie müssen daher auch hier der Ausgangspunkt sein.

Von den in der Datenschutzrichtlinie genannten Kriterien sind zwei unmittelbar für die Informationspflichten des Einwilligungsempfängers relevant. Das ist zum einen die Vorgabe, dass die Einwilligung "für den konkreten Fall" erteilt sein muss und zum anderen das Kriterium "in Kenntnis der Sachlage". Das BDSG nennt als Voraussetzung die "Zweckbestimmung der Datenverwendung", den eventuellen Hinweis auf die "Folgen der Verweigerung" sowie die Unterrichtung über die "Identität der verantwortlichen Stelle" und über die "Übermittlungsempfänger".

1. Konkretisierung

Das Merkmal, dass sich die Einwilligung auf einen konkreten Fall beziehen muss, so wie es die Datenschutzrichtlinie vorsieht, lässt sich dem BDSG nicht ohne weiteres entnehmen. Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, es sei in dem Wortlaut des § 4 Abs.1 BDSG insoweit enthalten, als dieser die Datenverwendung nur zulässt, "soweit" der Betroffene eingewilligt hat⁵⁶⁰. Die Kommentierung des BDSG geht ungeachtet dieser Unklarheit übereinstimmend davon aus, dass eine "konkrete" bzw. "bestimmte" Abfassung Voraussetzung auch der Einwilligung nach BDSG ist⁵⁶¹. Dieses Erfordernis der Bestimmtheit soll besagen, dass Inhalt und Umfang der geplanten Datenverwendung nicht nur abstrakt und pauschal umschrieben sein dürfen. Vielmehr muss klar zu erkennen sein, unter welchen Bedingungen sich der Betroffene mit der Verarbeitung welcher Daten einverstanden erklärt⁵⁶². Eine minutiöse Darlegung aller Einzelheiten des Verarbeitungsprozesses wird aber realistischerweise nicht gefordert⁵⁶³. Richtschnur für das Maß an Bestimmtheit soll die Relevanz in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht sein. Das heißt die Anforderungen an die Bestimmtheit sind um so höher, je größer die Tragweite für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen Person ist⁵⁶⁴.

2. Zwecknennung

Obwohl die Richtlinie keine entsprechende Vorgabe macht, sieht § 4a BDSG die Information über den vorgesehenen Zweck der Datenverarbeitung vor. In der Literatur wird der Hinweis auf den Verwendungszweck zumeist als Voraussetzung für eine hinreichend konkrete Abfassung der Einwilligung, also als Unterfall der Bestimmtheit, angesehen⁵⁶⁵. Unverständlich erscheint dann aber, weshalb das BDSG mit der Zweckbestimmung einen Teilaspekt nennt, den Oberbegriff aber

⁵⁶⁰ Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 49, S. 697.

⁵⁶¹ Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn 11, Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 74ff.; Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 49ff., S. 697f.

⁵⁶² Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 74.

⁵⁶³ Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 77 "relative Unvollständigkeit".

⁵⁶⁴ Dammann/Simitis, DSRL, Art. 2 Rn 22.

⁵⁶⁵ Vgl. etwa Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn 11; Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Kap. 4.8 Rn 53, S. 697; Ehmann/Helfrich, DSRL, Art. 2 Rn 71.

unerwähnt lässt. Eine Auseinandersetzung mit dem Hintergrund dieser mit Blick auf den Richtlinienentwurf nicht zu erwartenden Regelung, ist in der Literatur soweit ersichtlich nicht zu finden. Auch die Gesetzesbegründung schweigt sich aus.

Hier soll die Vermutung angestellt werden, dass die ausdrückliche Anordnung der Zweckbestimmung in § 4a BDSG von der urheberrechtlichen Dogmatik inspiriert ist und auf diese Weise Eingang in das BDSG gefunden hat. Nach der im Urhebervertragsrecht geltenden so genannten "Zweckübertragungstheorie"⁵⁶⁶ ist für den Umfang der durch den Urheber eingeräumten Rechte der Zweck maßgebend, der nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien mit dem Vertrag angestrebt wird. Anwendung findet diese Regel dann, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung über die einzelnen Nutzungsarten vorliegt. Dann bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts eben nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck (vgl. § 31 Abs.5 UrhG). Im Zweifel ist anzunehmen, dass der Urheber nicht mehr Rechte vergeben wollte, als zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sind. Es handelt sich also zunächst um nichts anderes als die Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode auf einen Vertrag⁵⁶⁷. Zudem soll auf diese Weise aber auch der Urheber vor pauschalen Rechtseinräumungen geschützt werden. Die Kodifizierung dieser Regel in § 31 Abs.5 UrhG soll dem Verwerter eine Spezifizierungslast auferlegen. Er soll die von ihm gewünschten Nutzungsarten im Vertrag genau bezeichnen, weil ansonsten der Umfang des Nutzungsrechts auf den Vertragszweck fixiert ist⁵⁶⁸.

An dieser Stelle wird deutlich, weshalb im Datenschutzrecht die Verpflichtung zur Nennung des Zwecks der Datenverwendung als Teil des Bestimmtheitsgebots angesehen wird. Statt, wie es die Richtlinie nahelegt, den Einwilligungsempfänger zur Offenbarung der konkreten geplanten Nutzung der Daten zu verpflichten, meinte der Gesetzgeber offenbar, eine ausreichende Konkretisierung über die

⁵⁶⁶ Kritisch zu diesem Begriff *Hubmann/Rehbinder*, Urheber- und Verlagsrecht, § 41 III 4, S. 213, der stattdessen "Übertragungszwecktheorie" vorschlägt.

⁵⁶⁷ Zum Ganzen *Hubmann/Rehbinder*, Urheber- und Verlagsrecht, § 41 III 4, S. 213f.; *Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert*, Urheberrecht, § 31 Rn 70f.

⁵⁶⁸ *Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert*, Urheberrecht, § 31 Rn 71.

Nennung des Verwendungszwecks erreichen zu können. Mag diese Vorgehensweise für das Urheberrecht zu einem akzeptablen Schutz vor pauschalen Rechtseinräumungen führen, so ist sie doch für das Datenschutzrecht abzulehnen. Die Zwecke einer Werknutzung, etwa Druck, Verfilmung, Bühnenvertrieb, sind für sich eingrenzbare Vorgänge. Eine Datenverwendung etwa für "Marketingzwecke" oder "Forschungszwecke" sagt jedoch kaum etwas über den tatsächlichen Umgang mit den Daten aus. Hier bewirkt die Zwecknennung keine ausreichende Konkretisierung. Im datenschutzrechtlichen Schrifttum herrscht demgemäß auch Übereinstimmung darüber, dass die Nennung des Verwendungszwecks nur ein, für sich genommen nicht hinreichender, Aspekt der Aufklärung bei einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist. Die Zwecknennung sagt eben nichts über die konkrete Art der Verwendung der Daten aus. Zwecke können auf sehr unterschiedliche Weise verfolgt werden. Konsequenterweise könnte man demgemäß die Zwecknennung sogar für überflüssig halten. Wenn sich die Hinweispflichten ohnehin auf den konkreten Verarbeitungsvorgang beziehen müssen und demnach für die Zulässigkeit der Verarbeitung auch nicht der Verarbeitungszweck entscheidend ist, bräuchte dieser auch gar nicht genannt werden. Der Vorteil der Zwecknennung besteht aber in der leichter eingängigen Abstraktion. Der Betroffene erfährt die Motivation der Verwendung seiner Daten und kann so schneller sein Urteil darüber bilden, ob diese Motivation in seinem Sinne ist oder er sie missbilligt. Der Zweckbestimmung kommt daher eine durchaus sinnvolle Ergänzungsfunktion im Rahmen der Informationspflichten zu.

3. Verweigerungsfolgen

Das BDSG verlangt auch eine Information über die Folgen der Verweigerung der Einwilligung. Allerdings nur, soweit dies nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich ist oder von dem Betroffenen verlangt wurde. In der Literatur wird diese Einschränkung kritisiert. Die Betroffenen könnten die Bedeutung ihres Einverständnisses für ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung so lange nicht verlässlich einschätzen, wie sie nicht wissen, welche Risiken sie mit der Ableh-

nung einer Verwendung ihrer Daten eingehen. Ohne diese Informationen sei nämlich eine echte Abwägung der Vor- und Nachteile der Einwilligung nicht möglich. Es wird daher für eine generelle Informationspflicht auch über die Konsequenzen einer negativen Reaktion der Betroffenen plädiert⁵⁶⁹. Dem kann so nicht gefolgt werden. Sofern die personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit Leistungen öffentlicher Stellen erfragt werden und der Betroffene bei einer Verweigerung der Einwilligung riskiert, die Leistung nicht zu erhalten⁵⁷⁰, kann die Information über diese Tatsache aus Erwägungen der Gleichbehandlung wünschenswert sein. Für die den Gegenstand dieser Arbeit bildenden "Geschäfte über Daten" zwischen Privaten kann das jedoch nicht gelten. Hier ist ohnehin klar, dass die Einräumung der Verwendungsbefugnis für die Daten nur für eine Gegenleistung erfolgt. Die Verweigerung der Einwilligung stellt dann eben die Verweigerung des Rechtsgeschäfts dar, mit der Konsequenz, dass die mögliche Gegenleistung nicht erlangt werden kann. Auch der Verweis auf die Ermöglichung einer Risikoabwägung ist falsch. Findet der Eingriff nicht statt, bleibt das damit verbundene Risiko für die informationelle Selbstbestimmung aus, es wird dadurch aber kein neues Risiko geschaffen.

4. Eigener Vorschlag

Die Aussagen des BDSG zu den Informationspflichten in Zusammenhang mit der Einwilligung erwecken vom Wortlaut her den Eindruck, als sollten sie abschließend gemeint sein. Es wird scheinbar konkret gesagt, welche Hinweispflichten bestehen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass es sich dabei nur um eine beispielhafte Aufzählung handeln kann. Insbesondere erfordert die informierte Einwilligung mehr als nur den Hinweis auf den geplanten Zweck der Datenverwendung. Das würde nämlich in diesem Kontext, anders als im Urhebervertragsrecht, zu pauschalen Einwilligungsklauseln führen, die eine effektive Sicherung der informationellen Selbstbestimmung nicht zulassen. Statt einer nur

⁵⁶⁹ Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 70f.; Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Kap. 4.8 Rn 47f, S. 696.

scheinbaren Konkretisierung der Vorgaben der Datenschutzrichtlinie, wäre deren wörtliche Übernahme von Vorteil gewesen. Die Merkmale "in Kenntnis der Sachlage" und "für den konkreten Fall" verleugnen ihren Charakter als abstrakte Oberbegriffe nicht und machen zugleich deutlich, dass Ziel der Aufklärung die Ermöglichung einer Erklärung ist, die auch und gerade wegen Kenntnis der Situation vom freien Willen getragen ist.

Die anhand der Betrachtung der medizinrechtlichen Aufklärung und der Instrukti-
ons- und Warnpflichten im Produkthaftungsrecht⁵⁷¹ gewonnenen Erkenntnisse sowie das Verständnis von persönlichen Daten als "asset" einer Person lassen aber noch weitergehende Rückschlüsse für die Informationspflichten bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu. In Form von Prämissen können allgemeine Grundsätze aufgestellt werden, die dem Rechtsanwender als Leitschnur für Bedeutung, Zweck und Inhalt der Aufklärungspflicht dienen und damit auch Selbstkontrolle ermöglichen. Wichtig ist aber auch, konkrete Mindestanforderungen zu formulieren, die in jedem Fall eingehalten werden müssen, deren Ausgestaltung in der Praxis sich jedoch an den Ziel- und Zwecksetzungen zu orientieren hat, wie sie in den Prämissen niedergelegt sind.

a) Prämissen

- Personenbezogene Daten sind ein mit Herrschaftsbefugnissen ausgestattetes Persönlichkeitsgut des Einwilligenden⁵⁷². Mit seiner Einwilligung erteilt der Betreffende die Erlaubnis zur Nutzung dieses Gutes. Die Pflicht zur Aufklärung ist eine Sorgfaltspflicht des Einwilligungsempfängers. Sie ist ein Instrument der Selbstbestimmungsfürsorge, das den Zweck hat, im Vorfeld sicherzustellen, dass die Einwilligung nicht unter Willensmängeln oder einer fehlerhaften Motivation leidet⁵⁷³. Zugleich dient sie dazu, den Umfang der erteilten Nutzungsbefugnis eindeutig zu regeln und mögliche Risiken eines Herrschaftsverlusts aufzuzeigen.

⁵⁷⁰ Beispiel bei *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 70.

⁵⁷¹ Siehe oben, Erster Teil, E., I.

⁵⁷² Siehe oben, Zweiter Teil., A.

- Die Aufklärung ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung. Ist die Einwilligung aufgrund eines Aufklärungsmangels unwirksam, ist die dennoch erfolgende Datennutzung eine unzulässige Anmaßung von Herrschaftsbefugnissen über fremde Daten⁵⁷⁴. Die Folgen, mit denen der Betreffende zu rechnen hat, sind ein eventueller Schadenersatzanspruch (§§ 7, 8 BDSG), eine Geldbuße (§ 43 Abs.2 Nr.1 BDSG) oder gar eine Strafe (§ 44 Abs.1 i.V.m. § 43 Abs.2 Nr.1 BDSG).
- Der Umfang der Informationspflicht braucht nicht individuell in Abhängigkeit vom Empfängerhorizont des Einwilligenden bestimmt zu werden⁵⁷⁵. Die datenschutzrechtliche Einwilligung setzt nämlich kein individuelles Näheverhältnis voraus, so wie es etwa im Arzt-Patienten-Verhältnis möglich und nötig ist. Sie kann auch im Rahmen des unpersönlichen Massengeschäftsverkehrs ergehen, der ein Erkennen und Berücksichtigen individueller Besonderheiten nicht zulässt. Dies gilt insbesondere für die Einwilligung im Online-Bereich nach § 4 Abs.2 TDDSG bzw. § 12 Abs.3 MDStV. Hier zeigt das Produkthaftungsrecht wie dennoch auf praktikable Weise informiert werden kann. Leitbild bei der Wahrnehmung der Aufklärungspflicht kann danach nur der Durchschnittsadressat der sensibelsten Verbrauchergruppe sein, mit der in Geschäftskontakt getreten wird⁵⁷⁶.
- Die überindividuelle Ausrichtung der Information darf nicht dazu verleiten, die Instruktion selbst abstrakt und allgemein zu formulieren⁵⁷⁷. Gerade im Hinblick auf die dispositions Konkretisierende und damit –begrenzende Funktion der Aufklärung, müssen die Verarbeitungssituation und die Verarbeitungsvorgänge im einzelnen dargelegt werden. Die bloße Nennung des Verarbeitungszwecks ist daher nicht ausreichend.

⁵⁷³ Siehe oben, Erster Teil, E., I., 2., a).

⁵⁷⁴ Siehe oben, Zweiter Teil, A., III., 3.

⁵⁷⁵ So aber Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 46, S. 696.

⁵⁷⁶ Siehe oben, Erster Teil, E., I., 3., d).

⁵⁷⁷ Siehe oben, Erster Teil, E., I., 3., c).

- Bei der Wahrnehmung der Aufklärungspflicht muss die grundsätzlich begrenzte Kognition des Empfängers berücksichtigt werden⁵⁷⁸. Das führt etwa dazu, dass Informationen je nach dem Grad ihrer Relevanz absteigend zu ordnen sind. Besonders Wichtiges soll daher gleich zu Beginn genannt werden. Zudem darf es nicht zu einer "Überdosierung" von Hinweisen kommen. Verfehlt ist daher eine detaillierte Beschreibung von Risiken, deren Eintrittswahrscheinlichkeit gering ist oder die Darstellung von Details des Verarbeitungsvorgangs, die für die Bestimmung von Sicherheit und Reichweite der zu erteilenden Nutzungsbefugnis irrelevant sind.

b) Mindestangaben

- Wer verwendet die Daten? Identität (Name und Adresse) der verantwortlichen Stelle sowie von Übermittlungsempfängern.
- Welche Daten werden verwendet?
- Wie werden die Daten verwendet? Spezifizierung des Datenverarbeitungsvorgangs. Etwaige Verknüpfung mit anderen Datenbeständen, Speicherung, Speicherort und geplante Übermittlungen.
- Wie lange werden die Daten verwendet?
- Welche Risiken bestehen? Hier ist lediglich auf besondere Risiken hinzuweisen, die sich nicht bereits ohnehin aus der Darlegung des Verarbeitungsvorgangs ergeben. Das wäre etwa dann der Fall, wenn bei der Datenverarbeitung als üblich anzunehmende technische oder organisatorische Standards im Sinne von § 9 i.V.m. der Anlage zu § 9 S.1 BDSG nicht eingehalten werden. Der Begriff des Risikos ist gemäß der hier propagierten Sichtweise von Daten als Persönlichkeitsgut in der Weise zu verstehen, dass es um das Risiko eines Kontrollverlustes über personenbezogene Daten geht.

III. Freiwilligkeit

⁵⁷⁸ Siehe oben, Erster Teil, E., I., 3., c).

Sämtliche Voraussetzungen der Einwilligung rechtfertigen sich durch die Zwecksetzung, eine wahrhaft selbstbestimmte Entscheidung sicherzustellen. Den Aufklärungspflichten kommt dabei eine vorsorgende Funktion zu. Sie sollen gewährleisten, dass der Erklärende die Sachlage kennt, bevor er entscheidet. Wer in Unkenntnis entscheidet, soll nach dieser Vorstellung nicht selbstbestimmt entscheiden. Wofür ansonsten jeder selbst Sorge tragen muss, wird hier dem möglichen "Profiteur" mangelhafter Selbstinformation aufgebürdet. Der nach liberaler Auffassung völlig legitime Vorteil durch bessere Kenntnis der Geschäftssituation soll dadurch eliminiert werden⁵⁷⁹.

Dagegen greifen die Vorschriften zur Behandlung von Willensmängeln wie sie im allgemeinen Teil des BGB zu finden sind, erst ein, wenn die Willensbekundung bereits erfolgt ist. Sie gewährleisten also nachgelagerten Schutz. Daneben gibt es noch Normen, die weder der Information über die Sachlage dienen, noch dem Korrigieren einer von Willensmängeln behafteten Entscheidung. So liegt etwa dem so genannten "Kopplungsverbot" die Vorstellung zugrunde, dass es Situationen gibt, bei denen anzunehmen ist, dass der einzelne auch bei voller Kenntnis der Sachlage und ohne von dem Erklärungsempfänger einem Zwang ausgesetzt zu sein nicht frei entscheiden kann. Die Lösung des Gesetzgebers ist dann ein Verbot der spezifischen Einwilligungskonstellation und dem daraus folgenden Zwang zur Abtrennung des als die Willensfreiheit beeinträchtigend erkannten Angebotsbestands. Das heißt ein expliziter Eingriff in die Vertragsautonomie.

1. Willensmängel – allgemeines Schutzniveau

Von den oben aufgeführten normierten Einwilligungsvoraussetzungen lassen sich für die Datenschutzrichtlinie der Begriff "ohne Zwang" und für das BDSG der Begriff "freie Entscheidung" der Verhinderung von rechtlichen Bindungen zuord-

⁵⁷⁹ Dies ganz im Sinne der "Theorie des informationellen Gleichgewichts", die gerade in einem Informationsgefälle zwischen Anbieter und Nachfrager eine Gefahr für die Vertragsfreiheit sieht. Hierzu *Busche*, Kontrahierungszwang, S. 96ff.

nen, die Willensmängeln ausgesetzt sind. Es handelt sich jedoch um sehr unbestimmte Begriffe. Die Palette dessen, was unter "Zwang" verstanden werden kann, reicht von der unmittelbaren physischen Überwältigung in Form der vis absoluta bis hin zum Ausnutzen von jedem Menschen innewohnenden Wünschen und Begierden materieller, sozialer oder physischer Natur. Es stellt sich sogar die Frage, ob es überhaupt "freie" Entscheidungen gibt. Das Recht muss hier jedenfalls Grenzen ziehen, die nicht zuletzt berücksichtigen, dass in der Marktwirtschaft die möglichst geschickte Willensbeeinflussung legitimes Mittel zur Erlangung eines Wettbewerbsvorteils ist.

Das BGB bietet bereits ausgewogene und gegenüber Begriffen wie "ohne Zwang" und "freie Entscheidung" sehr konkrete und gut handhabbare Werkzeuge an. Im ersten Teil wurde bereits dargelegt, dass dieses Instrumentarium ohne Einschränkungen auch auf die Einwilligung im persönlichkeitsrechtlichen Bereich, die rechtstypologisch als rechtsgeschäftliche Willenserklärung aufzufassen ist, angewendet werden kann⁵⁸⁰. Für den Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs.2 BGB konnte darauf verwiesen werden, dass eine "Sache" im Sinne dieser Norm nach heute herrschender Auffassung nicht nur körperliche Gegenstände sein können, sondern vielmehr jeder Geschäftsgegenstand darunter subsumierbar ist. Im Falle der persönlichkeitsrechtlichen und damit eben auch der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist der Geschäftsgegenstand die Eingriffsbefugnis, das heißt die von dem Inhaber des Identitätsdatenrechts erteilte begrenzte Erlaubnis zur Ausübung von Herrschaftsbefugnissen über dieses Persönlichkeitsgut.

Zudem wurde das Verhältnis von Willensmängeln und Aufklärungspflichten herausgearbeitet⁵⁸¹. Dabei ergab sich, dass zwischen dem Irrtum nach § 119 Abs.2 BGB, der arglistigen Täuschung nach § 123 BGB und den Informationspflichten ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung bleibt kaum noch Raum für einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Eingriffsbefugnis. Eine arglistige Täuschung gemäß § 123 BGB geht immer

⁵⁸⁰ Siehe oben, Erster Teil, E., II.

einher mit einer bewußt falschen Information und damit einer Verletzung von Aufklärungspflichten. Hieran zeigt sich besonders deutlich die durch Anordnung von Aufklärungspflichten bewirkte Vorverlagerung des Schutzes vor Willensmängeln.

2. Willensmängel – spezielles Schutzniveau

Die Behandlung von Willensmängeln nach BGB kann heute nur noch als allgemeines Mindestschutzniveau aufgefasst werden. Damit bietet sich aber zugleich auch Orientierung zur Beurteilung neuerer von Rechtsprechung und Gesetzgebung entwickelter Instrumente im Hinblick auf die Grenze zwischen Verbraucherschutz und paternalistischer Bevormundung. Im Folgenden soll auf einige dieser speziellen Schutzgewährleistungen eingegangen werden, soweit sie für Rechtsgeschäfte mit Daten bedeutsam sein können.

a) Kopplungsverbot

Einige Spezialgesetze des Datenschutzes normieren das Verbot, die Erbringung der vertraglichen Leistung von einer Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung der Daten des Nachfragers für andere Zwecke als die Leistungserbringung abhängig zu machen. Es handelt sich um Normen aus den Bereichen Telekommunikation (§ 89 Abs.10 TKG, § 3 Abs.2 TDSV), Teledienste (§ 3 Abs.4 TDDSG) sowie Mediendienste (§ 12 Abs.4 MDStV)⁵⁸². Das BDSG enthält dagegen keine entsprechende Regelung. In der datenschutzrechtlichen Literatur wird jedoch überwiegend die Ansicht vertreten, das Kopplungsverbot sei ein verallgemeinerungsfähiges Instrument zur Sicherung einer selbstbestimmten Entscheidung. In-

⁵⁸¹ Siehe oben, Erster Teil, E., III.

⁵⁸² Zum Kopplungsverbot nach TDDSG und MDStV *Lewinski*, Privacy Policies: Unterrichtungen und Einwilligung im Internet, DUD 2002, 395, 398f.

sofern ergebe es sich bereits aus dem gesetzlichen Erfordernis einer "freien Entscheidung" bzw. einer "ohne Zwang" erfolgenden Willensbekundung⁵⁸³.

Auffällig ist die Nähe des Kopplungsverbots zu der oben erläuterten und in § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG normierten Begrenzung der Datenverarbeitung im Zusammenhang mit einem Vertrag auf das zur Erbringung der vertraglichen Leistung Erforderliche. *Simitis* meint daher auch, dass diese Erforderlichkeitsschranke das nur im Telekommunikations- und Multimediarecht vorgesehene Kopplungsverbot generalisiere⁵⁸⁴. Er sieht in beidem also ein und dasselbe Instrument.

Dem kann hier nicht gefolgt werden. Ein Beispiel, das der besseren Anschaulichkeit halber nicht aus dem Bereich des Datenschutzrechts stammt, mag dies verdeutlichen: Ein Vertrag über die Errichtung eines Gartenteichs setzt zu seiner Durchführung das Betreten des Grundstücks und die Vornahme von Erdaushubarbeiten voraus. Der Vertrag wird hierüber aber keine ausdrückliche Regelung enthalten. Dennoch ergibt schon die einfache - und nicht etwa ergänzende - Auslegung⁵⁸⁵ des Vertrages, dass das Verhalten Vertragsbestandteil ist. Es besteht nämlich ein übereinstimmender Wille, auch wenn er im Vertragswortlaut nur einen unvollständigen Ausdruck gefunden hat⁵⁸⁶. Der Erdaushub ist aber nur soweit Vertragsbestandteil, wie er für die Errichtung des Teiches erforderlich ist. Nutzt also die Gartenbaufirma die Gelegenheit, um darüber hinaus im Untergrund des Gartens nach Rohstoffvorkommen zu graben, begeht sie eine Eigentumsbeeinträchtigung. Nichts weiter als diese Selbstverständlichkeit regelt § 28 Abs.1 Nr.1 BDSG in Bezug auf die Verwendung personenbezogener Daten zur Erfüllung des Vertragszwecks.

⁵⁸³ Roßnagel-Bizer, TDDSG, § 3 Rn 184, 193; Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 77, S. 706; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 92; *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 65.

⁵⁸⁴ *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 65.

⁵⁸⁵ Für die ergänzende Auslegung ist erst dann Raum, wenn eine übereinstimmendes Verständnis nicht festgestellt werden kann. Das heißt, wenn eine Regelungslücke, eine "planwidrige Unvollständigkeit" besteht; vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 157 Rn 2ff.; *Flume*, AT II, § 16 4, S. 323.

⁵⁸⁶ *Medicus*, AT, § 25 Rn 340: Die lückenhafte Erklärung wird um das Mitgewollte ergänzt, nicht jedoch wird der Wille selbst ergänzt.

Das Kopplungsverbot knüpft hieran an, ist aber doch etwas ganz anderes. Bezogen auf das Beispiel wäre ein Kopplungsverbot eine Regelung, die es dem Gartenbauunternehmen verbieten würde, die Errichtung des Gartenteichs von der Einwilligung in die zusätzliche Vornahme von Erdaushubarbeiten zur Rohstoffsuche abhängig zu machen. In den datenschutzrechtlichen Spezialgesetzen ist es das Verbot, die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, von Telediensten oder Mediendiensten von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere Zwecke abhängig zu machen.

Der Anbieter solcherart "gekoppelter" Verträge macht an sich nur von seiner grundrechtlich geschützten Vertragsautonomie Gebrauch. Ein Verbot muss daher dem Schutz der Rechte anderer oder von Allgemeininteressen dienen und dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen. Daraus ergeben sich wesentliche Einschränkungen, die nach hier vertretener Auffassung den Anwendungsbereich des Kopplungsverbots auf diejenigen des Kontrahierungszwangs begrenzen. Die Kopplung ist zunächst nicht anders zu beurteilen als eine Erhöhung der Gegenleistung, des Preises. Der Nachfrager, der einen gekoppelten Vertrag ablehnt, weil seine persönliche Vorteil-Nachteil-Abwägung ergibt, dass der Vertrag seinen individuellen Äquivalenzvorstellungen nicht entspricht, verzichtet eben auf die von dem Anbieter gewährte Leistung oder er sucht sich einen anderen Anbieter, der die Vertragsleistung nicht an einen "Zusatznutzen" für ihn knüpft.

Problematisch wird diese in einer Marktwirtschaft alltägliche Erfahrung erst, wenn die Wahl eines anderen Anbieters nicht möglich ist, weil der betreffende eine Monopolstellung einnimmt und darüber hinaus ein Verzicht auf die Leistung erhebliche negative Folgen für die Lebenssituation des Nachfragers hat. Entsprechendes gilt für die Fallgestaltungen des Kontrahierungszwangs. Ein Kontrahierungszwang wird nur dann als gerechtfertigt angesehen, wenn er als Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsabschluss über wichtige Güter und Leistungen fungiert⁵⁸⁷. Er

⁵⁸⁷ Kilian, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssysteme, AcP 1980, 47, 52.

ist daher in erster Linie in wichtigen Teilbereichen der Daseinsvorsorge ausdrücklich gesetzlich festgelegt⁵⁸⁸.

Sowohl im Falle des Kontrahierungszwangs als auch des Kopplungsverbots verlangt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass die Regelung erforderlich sein muss. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn der begünstigte Vertragsteil zur Befriedigung seines Leistungsinteresses zwingend auf den Vertragsschluss angewiesen, d.h. von ihm abhängig ist⁵⁸⁹. Das TDDSG und nach der Novelle auch der MDStV⁵⁹⁰ sehen daher vor, dass das Kopplungsverbot nur gilt, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu dem Dienst nicht oder in nicht zumutbarer Weise möglich ist. Wann eine andere gleichwertige und auch zumutbare Zugangsmöglichkeit als vorhanden angenommen werden kann, verlangt eine unter Umständen schwierige Einzelfallprüfung. Kriterien für die Zumutbarkeit eines anderen Angebots sind etwa der Aufwand an Zeit und Kosten, den anderen Zugang zu finden und zu nutzen, im Verhältnis zu dem Wert der angebotenen Leistung⁵⁹¹.

In der datenschutzrechtlichen Literatur besteht die Neigung, das Kopplungsverbot über die bestehenden ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen hinaus zu generalisieren⁵⁹². Ein konsequent praktiziertes Kopplungsverbot wird als Mittel angesehen, die Freiheit der Einwilligung gegenüber Verfälschungen durch die Einflussnahme Dritter zu sichern⁵⁹³. *Bizer* meint gar, es sei wie kaum ein anderes Instrument des Datenschutzrechts geeignet, die Kommunikationsfähigkeit des Nutzers gegen eine einseitige Domestizierung seiner informationellen Selbstbestimmung durch einen Leistungsanbieter zu schützen⁵⁹⁴. Die Einschränkungen des Anwendungsbereichs durch die Voraussetzungen einer Monopolstellung auf An-

⁵⁸⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei Palandt-*Heinrichs*, BGB, Einf. v. § 145 Rn 8.

⁵⁸⁹ *Busche*, Kontrahierungszwang, S. 131, der statt vom Verhältnismäßigkeitsprinzip vom "Vorbehalt der Funktionssicherung des Vertragsprozesses" spricht.

⁵⁹⁰ Dazu Roßnagel-*Bizer*, TDDSG, § 3 Rn 203, 30f.

⁵⁹¹ Roßnagel-*Bizer*, TDDSG, § 3 Rn 211ff.; Roßnagel-*Holznagel/Sonntag*, Kap. 4.8. Rn 80ff., S. 707f.

⁵⁹² So ausdrücklich Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 93; Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 65.

⁵⁹³ Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 65, 88.

⁵⁹⁴ Roßnagel-*Bizer*, TDDSG, § 3 Rn 187.

bieterseite bei zugleich besonderer Wichtigkeit der Leistung werden daher lediglich zur Bestimmung des notwendigen Mindestanwendungsbereichs angeführt⁵⁹⁵. Dem ist entgegenzutreten. Wer das Kopplungsverbot als Instrument der Sicherung von Dispositionsfreiheit auffasst, verkennt, dass auf diese Weise keineswegs vorhandene Freiheit gewährleistet wird, sondern die Freiheit des durch das Kopplungsverbot Begünstigten durch Einschränkung der Freiheit des Anbieters erweitert wird. Ein solches Vorgehen kann nur gerechtfertigt sein, wenn auf Seiten des Nachfragers überwiegende Interessen bestehen, die ausnahmsweise ein Eingreifen in die Privatautonomie als zulässig erscheinen lassen. Das kann unter den genannten einschränkenden Voraussetzungen der Fall sein. Jede Verallgemeinerung verbietet sich aber.

b) Willensmängel aufgrund Vertragsdisparität

Die speziellen Regelungen für typisierte Situationen von Vertragsdisparität sowie die allgemeine Inhaltskontrolle nach der Rechtsprechung des BVerfG sind auch für Dispositionen über das Identitätsdatenrecht zu beachten⁵⁹⁶. Schon die hier gesondert behandelte Regelung zum Kopplungsverbot entspringt dem Gedanken, eine Situation ungleicher Verhandlungsmacht zugunsten des Schwächeren auszugleichen⁵⁹⁷. Im Zusammenhang mit der speziell datenschutzrechtlichen Einwilligung spielen Gesichtspunkte der Vertragsdisparität im Übrigen bei der Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung in so genannten Abhängigkeitsverhältnissen und der Einwilligung in allgemeine Geschäftsbedingungen mit datenschutzrechtlichem Regelungsgehalt eine Rolle.

⁵⁹⁵ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 93 (Hervorhebungen durch den Verf.): "Zumindest für (Infrastruktur-)leistungen der zivilisatorischen Grundversorgung (z.B. Telekommunikation, Internetzugang, Kranken- und Rentenversicherung, Girokonto, Kreditkarte, medizinische Behandlung)"; Roßnagel-Bizer, TDDSG, § 3 Rn 187 (Hervorhebung durch den Verf.): "Jedenfalls wenn der Diensteanbieter mit seinem Angebot eine Monopolstellung innehat".

⁵⁹⁶ Allgemein zur Vertragsdisparität oben, Erster Teil, G. Für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bereits *Vogelgesang*, S. 150f. und *Schmidt*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241, 247.

⁵⁹⁷ Ausdrücklich Bezug nehmend auf die Vertragsdisparität Roßnagel-Bizer, TDDSG, § 3 Rn 187.

aa) Abhängigkeitsverhältnisse

Eine selbstbestimmte Entscheidung ist in dauerhaften Abhängigkeitsverhältnissen (z.B. Arbeits- oder Anstaltsverhältnisse) nur in eingeschränktem Maße möglich. Das Modernisierungsgutachten zum Datenschutzrecht sieht daher *de lege ferenda* in diesem Zusammenhang eine Vermutung mangelnder Freiwilligkeit vor, so dass der Einwilligungsempfänger im Zweifelsfalle die Darlegungslast für eine doch vorhandene freiwillige Entscheidung zu tragen hätte⁵⁹⁸. Im Arbeitsrecht wurden Fragen der Erhebung von Arbeitnehmerdaten bisher üblicherweise unter den Stichworten Fragerecht und Offenbarungspflicht behandelt. Die Rechtsprechung entwickelte Regeln hinsichtlich der Zulässigkeit von Fragen, die der Arbeitgeber einem Bewerber stellen darf, welche Fragen der Bewerber wahrheitsgemäß beantworten muss, wann er sogar lügen darf und wann er evtl. auch ungefragt persönliche Daten zu offenbaren hat. Die Beurteilungsgrundlage hierfür bildet eine Abwägungsentscheidung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers oder Bewerbers⁵⁹⁹. Es handelt sich um Informationssperren, die auch durch eine Einwilligung oder "Selbstauskunft" nicht zu überwinden sind⁶⁰⁰. Daneben spielt in Arbeitsverhältnissen heute auch die elektronische Erfassung von Personaldaten in so genannten Personalinformationssystemen eine erhebliche Rolle. Sie dienen der Langzeitüberwachung der Arbeitnehmer, dem Vergleich mit anderen Arbeitnehmern sowie der Neufixierung der gewünschten Normalleistung⁶⁰¹. Individuelle Vereinbarungen mit Wahlmöglichkeit sind hier nicht praktikabel, da das Funktionieren des Gesamtsystems nicht mehr gesichert wäre, wenn die Datenerfassung je nach getroffener Sonderabmachung unterschiedlich ist⁶⁰². In Betracht kommen daher nur einheitliche Vertragsklauseln im Sinne von "allgemeinen Arbeitsbedingungen", die einer Inhaltskon-

⁵⁹⁸ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierungsgutachten, S. 92f.

⁵⁹⁹ Zur Datenerhebung beim Bewerber/Arbeitnehmer näher Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, S. 95ff.; Gola, Die Einwilligung als Legitimation für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten, RDV 2002, 109ff.

⁶⁰⁰ Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn 7.

⁶⁰¹ Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, S. 22ff.

⁶⁰² Däubler, Gläserne Belegschaften?, S. 89.

trolle durch die Arbeitsgerichte dahingehend unterliegen, dass sie nicht zu einer "unbilligen, einseitigen Durchsetzung von Arbeitgeberinteressen führen" dürfen⁶⁰³. Bei individuellen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wäre die Freiwilligkeit dann indiziert, wenn dem Beschäftigten eine echte Wahlmöglichkeit eingeräumt wird. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Abschluss eines Arbeitsvertrages ausdrücklich nicht an die Erteilung einer Einwilligung gekoppelt wird, weil der Arbeitgeber sanktionsfreie Wahlmöglichkeiten anbietet und ggf. gar den Nachweis erbringt, dass entsprechende Einwilligungen regelmäßig nur von einem Teil der Belegschaft erteilt werden⁶⁰⁴.

bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Rechtsprechung zur datenschutzrechtlichen Einwilligung hat zu einem großen Teil Einwilligungserklärungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstand. In der Regel handelt es sich um Urteile, die auf Klagen durch Verbraucherverbände zurückgehen. Im Folgenden soll ein kurzer Einblick in die im Rahmen der datenschutzrechtlichen AGB-Kontrolle erörterten Rechtsfragen gegeben werden. Dabei wird wegen der geringen Anzahl höhergerichtlicher Urteile auch untergerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt.

Das bekannte Urteil des BGH zur früheren Fassung der so genannten "Schufaklausel" sah eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers im Sinne von § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) in der Formularbestimmung eines Kreditvertrages, nach der die Bank berechtigt ist, alle Daten des Kreditnehmers über die Aufnahme und Abwicklung des Kredites an ein Kreditinformationssystem zur Speicherung zu übermitteln. Der BGH kritisierte, dass sich die Klausel nicht auf bestimmte Kreditdaten beschränkt hat, sondern pauschal unter der Bezeichnung "Daten des Kreditnehmers über die Abwicklung des Kredits" auch Angaben über einseitige Maßnahmen des Kreditgebers zur Durchsetzung vermeintlicher An-

⁶⁰³ BAG, Arbeitsrechtliche Praxis, Nr. 1 zu § 242; weitere Nachweise bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, Rn 138 Fn 32.

⁶⁰⁴ *Wedde*, Die wirksame Einwilligung im Arbeitnehmerdatenschutzrecht, DUD 2004, 169, 172.

sprüche gegen den Kreditnehmer, beispielsweise Mahnungen, Kündigungen, Mahnbescheide umfassen sollte und den Kreditgeber ermächtigt hat, auch derartige "Negativmerkmale" ohne Interessenabwägung im Einzelfall und sogar in Fällen, in denen eine solche Abwägung negativ ausfallen würde, an ein Kreditinformationssystem zu übermitteln⁶⁰⁵.

Das Landgericht Halle erklärte eine Klausel in Wirtschafts- und Finanzberatungsverträgen für unzulässig, die folgenden Wortlaut hatte: "Einwilligung zur Datenspeicherung. Ich erkläre mich damit einverstanden, dass die von mir in diesem Vertragsformular gemachten personenbezogenen Angaben elektronisch oder andersartig in Dateien gespeichert und verarbeitet werden". Das Gericht stellte zur Begründung darauf ab, dass die Klausel in keiner Weise auf den Zweck der Datenverwendung eingehe und zudem nicht deutlich werde, dass der Begriff "Verarbeitung" im Sinne des BDSG auch die Übermittlung umfasst. Der Durchschnittskunde werde sich daher in aller Regel gar nicht bewußt, dass er mit der Unterzeichnung der Klausel auch darin einwilligt, dass seine Daten an Dritte weitergegeben werden können⁶⁰⁶.

Als mit den wesentlichen Grundgedanken des BDSG nicht zu vereinbaren und damit als unangemessene Benachteiligung wertete das OLG Karlsruhe eine AGB-Vertragsklausel in einem Leasingvertragsformular, wonach "Leasingnehmer und Mithaftende zustimmen, dass der Leasinggeber ihre personenbezogenen Daten speichern, an seine Refinanzierungsbank übermitteln, verändern oder löschen kann". In Anlehnung an BGHZ 95, 362 kritisierte das Gericht, dass die beanstandete Klausel keine sachliche Differenzierung hinsichtlich der übermittelbaren Daten vornehme, vielmehr erstrecke sich die Klausel nach ihrem Wortlaut auf sämtliche personenbezogenen Daten. Erfasst seien damit auch Negativdaten des Leasingnehmers. Entgegen § 28 BDSG werde deren Übermittlung nicht von einer

⁶⁰⁵ BGHZ 95, 362; zur Unbedenklichkeit der jetzigen Fassung Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 307 Rn 96 m.w.N.

⁶⁰⁶ LG Halle, Urt. v. 18.03.1996, Az. 8 O 103/95, CR 1998, 85.

Interessenabwägung abhängig gemacht. Dies sei ein Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes⁶⁰⁷.

Das OLG Düsseldorf erklärte die Klausel eines Mobilfunknetzbetreibers für unwirksam, wonach dieser "die Bestandsdaten des Kunden für Arbeiten nutzen darf, soweit dies für Zwecke der Beratung der Kunden, der Werbung, der Marktforschung und zur bedarfsgerechten Gestaltung seiner Telekommunikationsdienstleistungen erforderlich ist und der Kunde nicht widersprochen hat". Obwohl dies im wesentlichen dem Wortlaut von § 4 Abs.2 Teledienstunternehmen-Datenschutzverordnung (UDSV) entspricht, nahm das Gericht Anstoß daran, dass die AGB den Begriff "Bestandsdaten" anders definierten als die Verordnung. Nach § 4 Abs.1 UDSV sind Bestandsdaten personenbezogene Daten, die für die Begründung und Änderung eines Vertragsverhältnisses mit dem Kunden über Telekommunikationsdienstleistungen einschließlich dessen inhaltliche Ausgestaltung erforderlich sind. Nach den fraglichen AGB des Mobilfunkunternehmens dagegen sind Bestandsdaten sämtliche im Auftragsformular dem Kunden abverlangte Daten. Das Gericht beanstandete hier, dass es nach der vorzunehmenden "kundenfeindlichsten" Auslegung völlig im Belieben des AGB-Verwenders stünde, über die Ausgestaltung des Auftragsformulars zu bestimmen, welche personenbezogenen Daten des Kunden Bestandsdaten sind und als solche aufgrund der beanstandeten Klausel von ihr verarbeitet und genutzt werden dürften⁶⁰⁸.

Das OLG Schleswig erklärte eine Einwilligungsklausel wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 4a Abs.1 S.4 BDSG für unwirksam. Danach ist eine Einwilligung, sofern sie zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt wird, besonders hervorzuheben. Das Gericht berief sich darauf, dass durch diese Bestimmung verhindert werden solle, dass die Einwilligung bei Formularverträ-

⁶⁰⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.06.1996, Az. 15 U 4/96, CR 1997, 152.

⁶⁰⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.1996, Az. 6 U 206/95, NJW-RR 1997, 374, 377.

gen im so genannten "Kleingedruckten" versteckt wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich dessen bewusst zu sein⁶⁰⁹.

Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden sah das OLG Frankfurt bei einem Kontoführungsvertrag in einer Klausel, mit der die Bank die Befugnis erlangen wollte, "neben den Daten, die sie gemäß BDSG verarbeiten darf, die in diesem Antrag enthaltenen weiteren persönlichen Daten des Kunden über seine finanziellen und persönlichen Verhältnisse im Rahmen des Bankvertrages [zu] erheben, verarbeiten und [zu] nutzen". Die Formulierung "im Rahmen des Bankvertrages" sei jedenfalls nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung keine ausreichende Zweckbestimmung im Sinne von § 4a Abs.1 BDSG. Im übrigen sei mit der in der Klausel vorgesehenen Verarbeitung der weiteren persönlichen Kundendaten zugleich die Berechtigung zur Übermittlung der erhobenen Daten an Dritte mit umfasst, bei denen es sich somit auch um Kooperationspartner der Bank sowie um sonstige Drittunternehmen handeln könne, die in keiner Weise im Zusammenhang mit der beantragten Kontoeröffnung und des sich daraus ergebenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Kunden und der Bank stünden⁶¹⁰.

Eine formularmäßige Erklärung, mit der sich ein Kunde, im Falle des Fehlschlagens eines Lastschrifteinzugs mit einer unbeschränkten Speicherung seiner EC-Kartenummer, seines Namens und seiner Adresse in einer Sperrdatei einverstanden erklärt, ist nach Ansicht des LG Hamburg deshalb unwirksam, weil sie keine Löschung der vorgenommenen Einträge vorsieht, sobald sich die Speicherung der Daten in der Sperrdatei als nicht mehr erforderlich erweist⁶¹¹.

Das gleiche Gericht beurteilte die Datenschutzklausel einer Autovermietung als unzulässig, wonach sich der Mieter damit einverstanden erklärt, dass die Autovermietung die persönlichen Daten des Mieters an einen zentralen Warnring übermitteln darf, wenn das gemietete Fahrzeug nicht innerhalb von 24 Stunden nach Ablauf der Mietzeit zurückgegeben wird, Mietforderungen im gerichtlichen

⁶⁰⁹ OLG Schleswig, Urt. v. 15.05.1997, Az. 2 U 37/96., NJW-RR 1998, 54. Vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 14.12.2001, Az. 6 U 125/01, DUD 2002, 436.

⁶¹⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 26.02.1998, Az. 1 U 171/96, DUD 1998, 231, 233.

Mahnverfahren geltend gemacht werden müssen oder vom Mieter gegebene Schecks nicht eingelöst oder Wechsel protestiert werden. Zwar bestünde ein berechtigtes Interesse daran, die Daten von Fahrzeugmietern an ein Informationssystem wie den Warnring zu übermitteln, um die Vermietung von Fahrzeugen an unredliche Kunden zu verhindern. Doch erfordere die Wahrung der schutzwürdigen Belange der Kunden, dass eine Datenübermittlung an den Warnring nur in jenen Fällen erfolge, in denen sich der Betreffende tatsächlich unredlich verhalten hat bzw. hinreichende Anhaltspunkte für ein solches Verhalten bestünden. Dies sei bei der angegriffenen Klausel nicht gewährleistet, da es etwa denkbar sei, dass der Kunde das Fahrzeug nicht rechtzeitig zurückgeben kann, weil dieses aufgrund eines technischen Defektes nicht fahrbereit sei⁶¹².

Eine vom LG München zu beurteilende Fallgestaltung betraf AGB im Zusammenhang mit Eintrittskarten für eine Fernsehshow, welche die Produktionsfirma berechtigen sollten, von den Zuschauern Bild- und Tonaufnahmen anzufertigen und diese ausschließlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt, auch ausschnittsweise und wiederholt, für Rundfunk-, Film- oder sonstige kommerzielle oder nicht-kommerzielle, öffentliche oder nicht-öffentliche Wiedergabezwecke zu verwenden. Hier kritisierte das Gericht, dass die in der Klausel vorgesehene Nutzungseinräumung zeitlich, örtlich und inhaltlich nicht ausreichend beschränkt sei und damit den Vertragspartner unangemessen benachteilige, weil dieser die Reichweite der Nutzungseinräumung nicht mehr überschauen könne⁶¹³.

Zur gerichtlichen Überprüfung durch das OLG Bremen standen die AGB eines elektronischen Erinnerungsdienstes, der die unentgeltliche Erinnerung der Nutzer zu gewünschten Anlässen und Terminen versprach. Dazu mussten die Interessenten Name, Vorname und Email-Adresse angeben und Anlässe oder Termine bestimmen, zu denen sie eine "Erinnerungsmail" erhalten wollten. Die streitige AGB lautete: "Um Deine Erinnerung zuverlässig versenden zu können, benötigen

⁶¹¹ LG Hamburg, Beschl. v. 28.06.2000, Az. 324 O 534/99, DUD 2002, 498.

⁶¹² LG Hamburg, Urt. v. 19.01.1996, Az. 324 O 248/95, DUD 2002, 500.

⁶¹³ LG München, Urt. v. 29.03.2001, Az. 7 O 14849/00, DUD 2002, 497.

wir neben der Angabe der Termine Deine Email-Adresse und Deinen Namen, um sie zu speichern und elektronisch zu verarbeiten. Natürlich benutzen wir Deine Daten nur im Rahmen der Aktion. Du bist sicher damit einverstanden und bestätigst dies durch Deine Teilnahme". Während die Vorinstanz insbesondere auf die mangelnde Bestimmtheit der Klausel hinsichtlich des Umfangs der Datenverarbeitung abstellte⁶¹⁴, war für das OLG in erster Linie ausschlaggebend, dass die Klausel als unzulässige Fiktion einer Willenserklärung im Sinne von § 10 Nr.5 AGBG (nunmehr § 308 Nr.5 BGB) zu beurteilen sei. Die Befugnis zur Datenverarbeitung solle sich nämlich nicht aus einer ausdrücklichen Erklärung ergeben, sondern bereits daraus, dass die Benutzer an dem Erinnerungs-Service teilnehmen⁶¹⁵.

Gegenstand eines jüngeren Urteils des BGH war die Vertragsklausel eines Mobilfunkanbieters, mit der diesem die Ermächtigung eingeräumt werden sollte, von der kontoführenden Bank des Kunden "bankübliche Auskünfte zur Bonitätsprüfung" einzuholen. Dazu sollten neben allgemein gehaltenen Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit, insbesondere auch die Überprüfung der Kundenangaben bzgl. Kontoverbindung, EC-Karte und/oder Kreditkarte zählen. Der BGH erkannte an, dass die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen wegen ihrer Vorleistungspflichtigkeit ein berechtigtes Interesse daran haben, die Bonität ihrer Kunden zu überprüfen. Demzufolge seien die üblichen Bonitätsprüfungsklauseln in den AGB eines Telekommunikationsdienstleistungsunternehmens, in denen sich der Verwender die Einwilligung des Kunden geben lässt, bezüglich seiner Zahlungsfähigkeit Auskünfte bei der Schufa, einer sonstigen Wirtschaftsdatei oder seiner Hausbank einzuholen, nicht zu beanstanden. Neben diesen banküblichen Auskünften sollten aber nach der vorliegenden Klausel zudem auch Auskünfte über EC-Karten/Kreditkarten des Kunden eingeholt werden können. Da allein der Besitz einer gültigen EC- oder Kreditkarte bereits ein erhebliches konkretes Indiz für die (positive) Beurteilung der Kredit-

⁶¹⁴ LG Bremen, Urt. v. 23.02.2001, Az. 1 O 2275/00, DUD 2001, 620.

würdigkeit des Kontoinhabers sei, käme – so der BGH – diesen Informationen neben den allgemein gehaltenen sonstigen (Schufa-, Bank-)Auskünften durchaus ein eigener Stellenwert zu. Ob diesem aner kennenswerten Interesse des Verwenders schützenswerte Belange des Kunden entgegenstünden, müsse im vorliegenden Fall aber nicht entschieden werden, da sich die Unzulässigkeit der Klausel bereits aus der widersprüchlichen Zweckbestimmung ergebe. Die fragliche Klausel befinde sich nämlich in dem Antragsformular unter der Rubrik "Legitimation Privatkunden". Die "Legitimation" des Kunden ließe sich aber anhand eines amtlichen Ausweises weit zuverlässiger durchführen als anhand der EC- oder Kreditkarte. Unter diesem Aspekt seien die zusätzlichen Angaben daher nicht erforderlich. Tatsächlich sollten die Angaben auch allein deshalb erhoben werden, um die Bonität des Kunden zu überprüfen. Das Antragsformular sei daher unklar und widersprüchlich bezüglich der eigentlichen Zweck- und Zielsetzung der Erhebung und Verarbeitung der EC-/Kreditkarten-Angaben. Die Klausel sei daher gemäß § 305c Abs.2, § 307 Abs.1 S.2 BGB unwirksam⁶¹⁶.

cc) Verlockung/Aleatorische Anreize

Der weite Begriff der Vertragsdisparität kann verstanden werden als jede Form von Verhandlungsungleichgewicht, das die Selbstbestimmtheit der Entscheidung beeinträchtigt. Die Ursachen für die Ungleichgewichtslage können vielfältigster Natur sein. Es ist daher nicht fernliegend, auch Formen des nach Wettbewerbsrecht zu beurteilenden Kundenfangs durch "Verlockung" oder "aleatorische Anreize" unter dem Stichwort Vertragsdisparität zu behandeln. Der Vergleich zu den Konstellationen intellektueller Unterlegenheit oder Unterlegenheit aufgrund der spezifischen Situation bei Vertragsschluss, wie sie den verbraucherschützenden Regelungen zu Fernabsatzverträgen oder Haustürgeschäften zugrunde liegen, drängt sich auf⁶¹⁷.

⁶¹⁵ OLG Bremen, Beschl. v. 16.08.2001, Az. 5 U 23/2001 c, DUD 2002, 433.

⁶¹⁶ BGH, Urt. v. 23.01.2003, Az. III ZR 54/02, DUD 2004, 51.

⁶¹⁷ Vgl. oben, Erster Teil, G., III., 2.

Im datenschutzrechtlichen Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass die Schaffung eines "mehr oder weniger unwiderstehlichen Anreizes"⁶¹⁸, die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließen könne⁶¹⁹. In der Regel erfolgt dabei eine Bezugnahme auf ein Urteil des LG Stuttgart aus dem Jahr 1998⁶²⁰. Gegenstand dieses Urteils war die Vermarktung von Daten, die über eine umfangreiche Fragebogenaktion erlangt wurden. Den Teilnehmern dieser Haushaltsumfrage wurde die Verlosung von Preisen im Wert von insgesamt 22.500 DM und eines Höchstpreises in Höhe von 10.000 DM versprochen. Das Landgericht entschied, dass wegen der Auslobung der Preise in der genannten Höhe nicht mehr ohne weiteres von der Freiwilligkeit der Teilnahme ausgegangen werden könne⁶²¹.

Das OLG Stuttgart nahm in nächster Instanz eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt des wettbewerbsrechtlichen Kopplungsverbots vor⁶²². Danach darf die Spiellust nicht mit dem Absatz der Ware verkoppelt werden, so dass der Kunde durch einen unmittelbaren oder mittelbaren Kaufzwang zum Kauf verführt wird⁶²³. Mit der Begründung, dass im vorliegenden Fall der angesprochene Verbraucher nicht zum Kauf einer Ware, sondern zur Preisgabe personenbezogener Daten veranlasst werden solle, lehnte das OLG letztlich die Anwendung des wettbewerbsrechtlichen Kopplungsverbots ab⁶²⁴. Eine darüber hinausgehende Auseinandersetzung mit der Freiwilligkeit der Einwilligung wurde nicht vorgenommen.

Unabhängig von dieser wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, ist der geschilderte Fall jedoch ersichtlich nicht hinreichend, um ohne tiefergehende Begründung ein

⁶¹⁸ So die Formulierung in *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierungsgutachten, S. 92.

⁶¹⁹ *Roßnagel-Holznagel/Sonntag*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 54, S. 698; *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 10; Hessische Landesregierung, 14. Bericht über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Aufsichtsbehörden, RDV 2002, 38: „Je höher die finanzielle Vergünstigung ist ... desto eher kann auch insoweit von einer gewissen Abhängigkeit die Rede sein“. Vergleiche dagegen § 22 S.2 KUG, wonach die Einwilligung im Zweifel als erteilt gilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt.

⁶²⁰ LG Stuttgart, Urt. v. 30.08.1998, Az. 17 O 329/98, DUD 1999, S. 294f.

⁶²¹ LG Stuttgart, Urt. v. 30.08.1998, Az. 17 O 329/98, DUD 1999, S. 295.

⁶²² OLG Stuttgart, Urt. v. 27.11.1998, Az. 2 U 111/98, DUD 1999, S. 296f.

⁶²³ *Baumbach/Hefermehl*, UWG, § 1 Rn 147; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn 232.

⁶²⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 27.11.1998, Az. 2 U 111/98, DUD 1999, S. 297.

Paradigma von der mangelnden Freiwilligkeit bei "unwiderstehlichen Anreizen" aus der Taufe zu heben. Ein Ausnutzen psychischer Zwangswirkungen, wie es im Wettbewerbsrecht erheblich ist, kann aber wohl geeignet sein, funktioneller Auslöser einer allgemeinen Inhaltskontrolle im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu sein. Dann müsste in einem weiteren Schritt aber zudem eine inhaltliche Überprüfung auf inakzeptable Unausgewogenheit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung erfolgen.

IV. Einwilligungsfähigkeit

Ausgehend von dem Ergebnis, dass die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung und nicht etwa als "geschäftsähnliche Handlung" aufzufassen ist, hat die Abhandlung im ersten Teil ergeben, dass für die Frage der Einwilligungsfähigkeit eine teleologische Reduktion der §§ 104ff. BGB vorzunehmen ist⁶²⁵. Die uneingeschränkte Anwendung der Regeln über die Geschäftsfähigkeit mit der Folge einer Alleinentscheidungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter ist für den Bereich der Persönlichkeitsrechte abzulehnen. Doch auch dem entgegengesetzten Ergebnis, hier sei der Minderjährige selbst zur alleinigen Entscheidung berufen, konnte nicht gefolgt werden. Das Recht und die Pflicht der Eltern zur Personensorge existieren neben dem mit zunehmendem Alter bis hin zur Volljährigkeit immer stärker zu beachtenden Selbstbestimmungsrecht des Kindes. Die Zwecke der elterlichen Personensorge greifen aber nicht nur im vermögensrechtlichen Bereich. Auch und gerade Entscheidungen mit persönlichkeitsrechtlichen Wirkungen können gravierende, möglicherweise sogar irreversible Folgen für den Lebenszuschnitt des Minderjährigen zeitigen. Eine Beteiligung der Eltern wirkt hier als beratende Hilfestellung und als Schutz vor, aufgrund mangelnder Lebenserfahrung, unbedachten Entscheidungen. Nach hier vertretener Auffassung ist daher eine kumulative Entscheidungsbefugnis des einsichtsfähigen Minderjähri-

⁶²⁵ Siehe oben, Erster Teil, E., IV.

gen und der Eltern, wie sie bereits in einigen gesetzlichen Bestimmungen zu finden ist, die geeignetste Lösung. Der Aspekt der Rechtssicherheit gebietet es dabei, für den schwer fassbaren Terminus der Einsichtsfähigkeit eine feste Altersgrenze zu bestimmen, von der an die Einsichtsfähigkeit vermutet werden kann. Die Vollendung des 14. Lebensjahres scheint sich hierfür als plausibler Anknüpfungspunkt erwiesen zu haben⁶²⁶.

1. Datenschutzrechtliche Literatur

Im datenschutzrechtlichen Schrifttum wird die hier vorgeschlagene Möglichkeit einer kumulativen Einwilligung des Minderjährigen und der gesetzlichen Vertreter kaum diskutiert⁶²⁷. Überwiegend wird der Aspekt der Einwilligungsfähigkeit auf die Frage der Einsichtsfähigkeit verengt. Kann der Minderjährige als einsichtsfähig gelten, so soll er auch allein entscheidungsbefugt sein⁶²⁸. Übereinstimmend mit dem medizinrechtlichen Schrifttum werden abstrakte Aussagen darüber, wann die Einsichtsfähigkeit gegeben ist, abgelehnt. Zum einen käme es auf die Verstandesreife an und zum anderen auf den konkreten Verwendungszusammenhang der Daten. Räumt die Rechtsordnung Minderjährigen eigene Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte ein, so könne auch für die datenschutzrechtliche Einwilligung von Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden⁶²⁹. Dies betrifft etwa den Ausbildungsbereich, den Arbeitsbereich⁶³⁰ sowie die Verarbeitung von Gesundheits- und Sozialdaten⁶³¹.

Vereinzelt wird in Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit der §§104ff. BGB oder das Abstellen auf die Einsichtsfähigkeit auf die Folgen der Einwilligung verwiesen. Hat die Einwilligung in erster Linie vermögensrechtliche Folgen, so soll

⁶²⁶ Siehe oben, Erster Teil, E., IV.

⁶²⁷ Eine Ausnahme bildet *Tinnefeld/Ehmann*, 1. Aufl., 1992, Kap. 5.1.1., S. 103.

⁶²⁸ *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 23; *Roßnagel-Holznagel/Sonntag*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 21, S. 686f.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierungsgutachten, S. 95.

⁶²⁹ *Simitis-Simitis*, BDSG, § 4a Rn 24ff.

⁶³⁰ § 113 BGB.

⁶³¹ § 36 SGB I.

es auf die Geschäftsfähigkeit ankommen. Steht dagegen der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht im Vordergrund, sei die Einsichtsfähigkeit zu prüfen⁶³².

2. Stellungnahme

Die Bezugnahme auf den Verwendungszusammenhang der Daten führt leicht zu Mißverständnissen. Vergegenwärtigt man sich den Anwendungsbereich der Einwilligung, wird deutlich, dass es auf die Differenzierung zwischen vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Folgen der Einwilligung nicht ankommen kann. Die Einwilligung hat immer personenbezogene Daten selbst als Geschäftsgegenstand. Deshalb steht auch immer das Persönlichkeitsrecht im Mittelpunkt. Etwaige vermögensrechtliche Folgen mögen im Einzelfall auch vorhanden sein, sie können aber nicht für die rechtliche Behandlung ausschlaggebend sein, sondern werden von dem mittels der Einwilligung zu rechtfertigenden persönlichkeitsrechtlichen Eingriff überdeckt. Bei einer Datenverarbeitung im Zusammenhang mit (vermögensrechtlichen) Verträgen, deren primärer Geschäftsgegenstand nicht die Daten selbst sind, kommt es auf die Frage der Einwilligungsfähigkeit ohnehin nicht an. Hier gelten die allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit, mit der Folge dass die gesetzlichen Vertreter auch über die Verwendung der zur Vertragsabwicklung erforderlichen Daten des Minderjährigen allein bestimmen. Ansonsten ist der Hinweis richtig, dass in den Bereichen, in denen die Rechtsordnung dem Minderjährigen eine Alleinentscheidungsbefugnis einräumt, er auch über die in diesem Zusammenhang erfolgende Datenverarbeitung allein bestimmen können muss. Im Übrigen ist aber an der kumulativen Einwilligungsbefugnis festzuhalten.

3. Schutz von Kindern bei Online-Kommunikation

Das Manövrieren im Internet ist heute auf so einfache Weise möglich, dass die Nutzung auch durch Kinder selbstverständlich geworden ist. Viele Angebote rich-

⁶³² Roßnagel-Holznagel/Sonntag, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.8. Rn 21, S. 686f.

ten sich dementsprechend gezielt an Personen unter 14 Jahren. Zumeist handelt es sich um Spiel-, Chat- oder auch Lernforen. Mit dem Wissen, dass Kinder sich der möglichen Risiken einer unbekümmerten Datenweitergabe in der Regel wenig bewusst sind, haben Onlinedienste ihr Angebot gezielt dafür ausgenutzt, von den minderjährigen Nutzern ohne Kenntnis der Eltern möglichst viele Informationen zu erlangen, um diese Daten dann kommerziell zu nutzen. Mitte der 90er Jahre kamen insbesondere in den USA Initiativen auf, die sich zum Ziel gesetzt haben, das Bewusstsein für die Gefahren dieser Praxis⁶³³ zu schärfen und regulatorisch gegen das Ausnutzen kindlicher Unerfahrenheit und Naivität bei online Kommunikation vorzugehen⁶³⁴.

a) COPPA

Der us-amerikanische Gesetzgeber reagierte mit dem Erlass des „Children’s Online Privacy Protection Act“, COPPA, der am 21.04.2000 in Kraft getreten ist⁶³⁵. Regelungsadressaten sind Anbieter kommerzieller Webseiten oder von Online-Diensten, die sich an Kinder unter 13 Jahren richten. COPPA stellt an sie insbesondere folgende Anforderungen:

- Offenlegung einer detaillierten „Datenschutzerklärung“⁶³⁶, die beschreibt, in welchem Umfang personenbezogene Daten erfasst und genutzt werden.
- Einholung einer nachprüfaren Einwilligung der Eltern vor Erhebung personenbezogener Daten eines Kindes.
- Möglichkeit der Einsichtnahme und der Löschung der mitgeteilten Daten.
- Bei Spielen oder Preisausschreiben Beschränkung der erfassten Daten auf die zur Durchführung des Angebots notwendigen Informationen.
- Sicherstellung der Vertraulichkeit und Integrität der erfassten Daten.

Zuständige Bundesbehörde zur Durchsetzung des COPPA ist die Federal Trade Commission, FTC. Eine Verletzung des COPPA wird als unlautere Wettbe-

⁶³³ Etwa im Hinblick auf Pädophilie.

⁶³⁴ Zu nennen ist insbesondere das „Electronic Privacy Information Center“, EPIC.

⁶³⁵ Abrufbar unter www.ftc.gov.

werbsmaßnahme im Sinne von § 5 des Federal Trade Commission Act gewertet und kann entsprechend geahndet werden.

b) ECOM

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung der besonderen Risiken in Zusammenhang mit online-Kommunikation bei Kindern sind die „Guidelines Concerning the Protection of Personal Data in Electronic Commerce in the Private Sector“⁶³⁷ des Electronic Commerce Promotion Council of Japan, ECOM, die bereits aus dem Jahr 1998 datieren. Ähnlich wie COPPA sieht Chapter 10 der Guidelines die Sicherstellung der vorherigen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters sowie die Möglichkeit der Einsichtnahme, der Korrektur und der Löschung der Daten auf Anforderung des gesetzlichen Vertreters vor. Zudem wird auf die Wichtigkeit einer auch für Kinder verständlich abgefassten Aufklärung über den Grund der Datenerhebung und, sofern es sich nicht um notwendige Daten handelt, über die Freiwilligkeit der Mitteilung hingewiesen⁶³⁸.

D. Dispositionsbeendigung

Die im ersten Teil herausgearbeiteten Ergebnisse zur Beendigung einer persönlichkeitsrechtlichen Gestattung können auf den Bereich des Identitätsdatenrechts übertragen werden und führen gerade hier zu einer wesentlichen Ergänzung und Vertiefung der bisher im Schrifttum zu findenden Bearbeitung⁶³⁹.

Der erste Schritt vor der Prüfung der in Betracht kommenden Beendigungsinstrumente ist die Auslegung des Inhalts der vereinbarten Gestattung. Ist der vorgenommene oder geplante Eingriff schon nicht Gegenstand der Vereinbarung oder der einseitigen Erklärung, so stellt sich die Frage der Dispositionsbeendigung gar

⁶³⁶ „Privacy policy“.

⁶³⁷ Abrufbar unter www.ecom.or.jp.

⁶³⁸ Als Beispiel für kindgerechte Ausdrucksweise wird folgender Satz genannt: „even if you don't enter your name, you can still play the game“.

⁶³⁹ Siehe oben, Erster Teil, F.

nicht. Ansonsten sind, wieder vor dem Hintergrund der zu Anfang getroffenen Entscheidung zugunsten der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung, die Möglichkeiten zur Lösung der persönlichkeitsrechtlichen Gestattung zu prüfen. In Betracht kommen die Anfechtung, der Rücktritt, die Kündigung, der Widerruf und, als Besonderheit im persönlichkeitsrechtlichen Bereich, das Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung in entsprechender Anwendung des § 42 Abs.1 UrhG.

I. Widerruf als Oberbegriff

Für die Anfechtung wird hier entgegen der überwiegenden Meinung im persönlichkeitsrechtlichen Schrifttum nicht von einer Nichtigkeit per se bei Vorliegen von Anfechtungsgründen ausgegangen, sondern die gesetzliche Lösung der Anfechtbarkeit mit dem Erfordernis einer Anfechtungserklärung und der Einhaltung von Anfechtungsfristen vorgezogen⁶⁴⁰. Für die übrigen Instrumente zur Dispositionsbeendigung kommt es neben der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung zudem auf die hier vorgenommene klare Unterscheidung zwischen den verschiedenen Formen der Einwilligung, die sich in der "Stufenleiter der Gestattungen"⁶⁴¹ wiederfinden, an. Besonders deutlich wird dies beim Instrument des Widerrufs der Einwilligung. In fälschlicher Orientierung am Strafrecht und dem hieran anknüpfenden Medizinrecht, wird der Widerruf im persönlichkeitsrechtlichen Bereich als das spezifische und offenbar auch einzige Mittel zur nachträglichen Kontrolle der Einwilligung angesehen⁶⁴². So wie die Einwilligung selbst als Oberbegriff für ganz verschiedene Formen rechtlicher Bindung fungieren muss, so führt die fälschliche und unnötige Abwendung von allgemeinen zivilrechtlichen Instrumenten und deren Bezeichnungen dazu, dass auch der Begriff des Widerrufs seine Eindeutigkeit verliert und, allerdings ohne dass dies auch ausgesprochen würde,

⁶⁴⁰ Siehe oben, Erster Teil, F., II.

⁶⁴¹ Siehe oben, Erster Teil, D., II.

⁶⁴² Vgl. für die datenschutzrechtliche Literatur nur Roßnagel-Bizer, TDDSG, § 4 Rn 288.

im Bereich der Persönlichkeitsrechte Oberbegriff für sämtliche Formen der Dispositionsbeendigung ist. Wer dagegen die verschiedenen Arten der persönlichkeitsrechtlichen Gestattung unterscheidet, der kann auch dem Widerruf einen eindeutigen Platz zuweisen. Die unterste Stufe der Rechtsbindungshierarchie wird von der einfachen Einwilligung gebildet, bei der es sich um eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung handelt. Nur sie ist frei widerruflich. Allen übrigen Gestattungen liegt dagegen ein schuldrechtlicher Vertrag zugrunde, der eine zweiseitige Vereinbarung darstellt. Ein freies Widerrufsrecht scheidet schon wegen dieser Zweiseitigkeit aus. Die im Recht für Verträge vorgesehenen Beendigungsmöglichkeiten, Rücktritt, Kündigung, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder auch der Rückruf wegen gewandelter Überzeugung, berücksichtigen daher immer auch die Interessen der Gegenseite.

II. Widerruf und Vertrag

Das Dilemma mangelnder begrifflicher Differenzierung zeigt sich besonders deutlich im Datenschutzrecht. Das dortige Schrifttum stellt die Widerruflichkeit der Einwilligung jeweils als eine Art oberste Prämisse dar, die notwendig sei, um den Betroffenen zum Schutze ihrer informationellen Selbstbestimmung die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur der zunächst gebilligten Verwendung der eigenen Daten zu sichern. Ein Verzicht auf den Widerruf, also die Erteilung einer unwiderruflichen Einwilligung, soll demgemäß ausgeschlossen sein.

Jedoch wird dieser Grundsatz nicht konsequent durchgehalten. Jeweils werden Ausnahmen formuliert, deren Begrifflichkeit entlarvent unklar ist. Exemplarisch und inhaltlich weitgehend identisch mit dem übrigen Schrifttum ist die Kommentierung bei *Simitis*: Danach können die Betroffenen, soweit sie "im Zusammenhang mit einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Beziehung" in die Verwendung ihrer Daten eingewilligt haben, ihr Einverständnis "grundsätzlich" nur widerrufen, wenn ihnen "die Fortsetzung der Verarbeitung objektiv nicht mehr zuzumuten ist". Das sei etwa dann der Fall, wenn der bei Erteilung der Einwilligung voraus-

gesetzte Verarbeitungsverlauf geändert wird. Außerdem sei der Widerruf zulässig, wenn die rechtsgeschäftliche Beziehung entfällt, vor deren Hintergrund sich der Betroffene bereit erklärt hat, in die Verarbeitung seiner Daten einzuwilligen. Das Einverständnis in die Verarbeitung zusätzlicher Daten hänge nämlich mit der inzwischen aufgehobenen rechtsgeschäftlichen Beziehung faktisch so eng zusammen, dass den Betroffenen das Recht zukommen müsse, sich auch von diesem Einverständnis durch Widerruf zu lösen⁶⁴³. Ähnlich äußern sich *Holznaegel/Sonntag*, die bei rechtsgeschäftlichen Beziehungen Einschränkungen des Widerrufsrechts aus Treu und Glauben annehmen und dafür das Beispiel der Änderung der Verarbeitungsbedingungen anführen. Nach *Gola/Schomerus* darf die Einwilligung nicht willkürlich, sondern entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben nur dann zurückgenommen werden, wenn für ihre Erteilung maßgebliche Gründe entfallen sind, sich wesentlich geändert oder die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erteilung sich verändert haben⁶⁴⁴.

Auf diese wenig aussagekräftige Diktion kann nach der hier vertretenen Lösung verzichtet werden. Erlaubnisbasierte Datenverarbeitung gibt es nur in zwei Konstellationen: 1. Datenverarbeitung zur Abwicklung eines Vertrages, dessen primärer Geschäftsgegenstand nicht die Daten selbst sind⁶⁴⁵. 2. Datenverarbeitung aufgrund Einwilligung im weiteren Sinne, die unterteilt werden kann in a) einseitige Einwilligung und b) zweiseitige, d.h. vertragliche Bindungsformen. Eine Vermengung beider Konstellationen wird verhindert durch: 1. Erforderlichkeitsprinzip, das nur die zur Vertragsabwicklung notwendige Datenverarbeitung ohne ausdrückliche Einwilligung zulässt und 2. Kopplungsverbot, das eine Abhängigkeit des Vertrages von der Einwilligung in zusätzliche Datenverarbeitung verbietet. Der freie Widerruf ist nur bei der einfachen, einseitigen Einwilligung möglich. Für vertragsbasierte Bindungsformen greift das bekannte zivilrechtliche Instrumentarium sowie unter Umständen das Rückrufsrecht gemäß § 42 Abs.1 UrhG

⁶⁴³ Simitis-Simitis, BDSG, § 4a Rn 95ff.

⁶⁴⁴ *Gola/Schomerus*, BDSG, 6. Aufl., 1997, § 4 Rn 7.1., S. 126.

analog. Ein unmittelbares Abstellen auf Begriffe wie "zumutbar" und "Treu und Glauben" erübrigt sich dann.

Aber auch auf die Formulierung eines gesonderten Widerrufsrechts, "wenn die rechtsgeschäftliche Beziehung entfällt, vor deren Hintergrund sich die Betroffenen bereit erklärt haben, in die Verarbeitung ihrer Daten einzuwilligen", kann bei exakter Analyse verzichtet werden. Gemeint ist der Fall, dass die Einwilligung eine über das zur Vertragsabwicklung erforderliche Maß hinausgehende Datenverarbeitung legitimiert. Handelt es sich um eine einfache Einwilligung, ist sie ohnehin frei widerruflich, ohne dass es auf das Schicksal des "Hauptgeschäfts" ankäme. Ist die Datenverarbeitung aber Gegenstand einer eigenen zweiseitigen Vereinbarung geworden, so ist sie selbst eigenständiger Vertragsgegenstand. Erforderlichkeitsprinzip und Kopplungsverbot stellen eine völlige Trennung sicher. Es gibt daher keinen Grund, die aus welchen Gründen auch immer erfolgte Beendigung des "Nichtdatenvertrages" auf den "Datenvertrag" auszudehnen.

⁶⁴⁵ Der Normgeber dachte hier etwa an Miet-, Kauf- oder Werkverträge, vgl. *Weichert*, Die ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463, 1467.

Literaturverzeichnis

Die angegebenen Internet-Adressen befinden sich auf dem Stand vom 15.06.2004.

| | |
|--|--|
| <i>Alternativkommentar</i> | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1-240, 1987 (zitiert: AK-Bearbeiter) |
| <i>Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H.</i> | Wertpapierhandelsgesetz, 3. Aufl., 2003 |
| <i>Baston-Vogt, Marion</i> | Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997 |
| <i>Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang</i> | Wettbewerbsrecht, Kommentar, 22. Aufl., 2000 |
| <i>Baur, Fritz/Stürner, Rolf</i> | Sachenrecht, 16. Aufl., 1992 |
| <i>Becker, Michael</i> | Der unfaire Vertrag, 2003 |
| <i>Belling, Detlev W.</i> | Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990, 68 |
| <i>Benda, Ernst/Klein, Eckart</i> | Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001 |
| <i>Beuthien, Volker/Schmölz, Anton S.</i> | Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999 |
| <i>Boehmer, Gustav</i> | Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger – Bemerkungen zu dem Urt. des IV. ZS des BGH v. 5.12.1958, MDR 1959, 383 |
| <i>Brockhaus-Enzyklopädie</i> | 19. Aufl., Bd. 10: HERR-IS, 1989; Bd. 16, NOS-PER, 1991 |

- Busche, Jan* Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1998
- Bydlinski, Franz* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967
- Caemmerer, Ernst v.* Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 27ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm* Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201
- Canaris, Claus-Wilhelm* Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JUS 1989, 161
- Coing, Helmut* Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, 558
- Coing, Helmut* Die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte im 19. Jahrhundert, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, S. 75ff.
- Dammann, Ulrich/Simitis, Spiros* EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997
- Dasch, Norbert* Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990
- Däubler, Wolfgang* Gläserne Belegschaften?, 4. Aufl., 2002

- Deighton, John* Marketing Solutions to Privacy Problems?, Harvard Business School, Working Paper No. 03-024, 08/2002, revised August 28, 2003.
- Deutsch, Erwin* Medizinrecht, 4. Aufl., 1999
- Deutsch, Erwin* Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996
- Dreier, Horst* Grundgesetz: Kommentar, Band I, Art. 1-19, 1996
- Ehmann, Eugen/Helfrich, Marcus* EG-Datenschutzrichtlinie, Kurzkomentar, 1999
- Ennecerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Karl* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., 1952
- Erman* Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Aufl., 1993; 10. Aufl., 2000
- Fikentscher, Wolfgang* Wirtschaftsrecht. Band II: Deutsches Wirtschaftsrecht, 1983
- Fischer, Klaus/Uthoff, Rolf* Das Recht der formularmäßigen Einwilligung des Privatpatienten bei externer Abrechnung, MedR, 115
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992
- Forkel, Hans* Allgemeines Persönlichkeitsrecht und "wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht", Festschrift für Karl H. Neumayer, 1985, S. 229ff.

- Forkel, Hans* Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491
- Forkel, Hans* Gebundene Rechtsübertragungen, 1977
- Forkel, Hans* Die Zulässigkeit beschränkter Übertragungen des Namensrechts, NJW 1993, 3181
- Freitag, Andreas* Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, 1993
- Funkel, Thorsten* Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, 2001
- Gamm, Otto Friedrich v.* Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 1968
- Geilen, Gerd* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963
- Geis, Max-Emanuel* Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts: Ein Plädoyer für die Sphärentheorie, JZ 1991, 112
- Gernhuber, Joachim* Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991
- Gierke, Otto v.* Deutsches Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895
- Giesen, Dieter* Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., 1995
- Gola, Peter* Die Einwilligung als Legitimation für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten, RDV 2002, 109
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf* Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 1997, 7. Aufl., 2002

- Gola, Peter/Wronka, Georg* Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 3. Aufl., 2004
- Götting, Horst-Peter* Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995
- Gottwald, Stefan* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 1996
- Groppler, Burkhard* Wider den Urheberrechtsmonismus, UFITA 25 (1958-I), 385
- Hattenhauer, Hans* "Person" – Zur Geschichte eines Begriffs, JUS 1982, 405
- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm* Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, hrsg. von Eva Modlenhauer und Karl Markus Michel, Werkausgabe, Band 7, 1995
- Helle, Jürgen* Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991
- Helle, Jürgen* Wirtschaftliche Aspekte zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, RabelsZ 1996, 449
- Helle, Jürgen* Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93
- Hesse, Hans Albrecht/Kauffmann, Peter* Die Schutzpflicht in der Privatrechtsordnung, JZ 1995, 219
- Hesse, Konrad* Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., 1995
- Hillgruber, Christian* Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph* Verfassungsprozessrecht, 2004

- Honsell, Heinrich* Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565
- Hubmann, Heinrich* Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?, UFITA 70 (1974), 75
- Hubmann, Heinrich* Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967
- Hubmann, Heinrich/Götting, Horst-Peter* Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Aufl., 2002
- Hubmann, Heinrich/Rehbinder, Manfred* Urheber- und Verlagsrecht, 8. Aufl., 1995
- Isensee, Josef* Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte – Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung, in: FS für Bernhard Großfeld, 1999, S. 484ff.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1992 (zitiert: Isensee/Kirchhof-Bearbeiter, HStR V)
- Jarass, Hans D.* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2002
- Kilian, Wolfgang* Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47
- Klippel, Diethelm* Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR, 1982, 132

- Köhler, Helmut/ Piper, Henning* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Aufl., 2002
- Kohte, Wolfhard* Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105ff.
- Körner-Dammann, Marita* Weitergabe von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen, NJW 1992, 729
- Larenz, Karl* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1988
- Larenz, Karl* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 12. Aufl., 1981
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck Wilhelm* Handbuch des Arztrechts, 1992
- Lehmann, Michael* Das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht von Anbieter und Nachfrager, Festschrift für Heinrich Hubmann, 1985, S. 255ff.
- Leisner, Walter* Von der persönlichen Freiheit zum Persönlichkeitsrecht, Festschrift für Heinrich Hubmann, 1985, s. 295ff.
- Lewinski, Kai v.* Privacy Policies: Unterrichtungen und Einwilligung im Internet, DUD 2002, 395
- Limbach, Jutta* Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JUS 1985, 10
- Linkelmann, Karl* Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1898
- Loewenheim, Ulrich* Handbuch des Urheberrechts, 2003

- Lübbe-Wolff, Gertrude* Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988
- Magold, Hanns Arno* Personenmerchandising, 1994
- Mangold, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian* Das Bonner Grundgesetz, Band I, Art. 1-19, 4. Aufl., 1999
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1-11, Lieferung 42.
- Medicus, Dieter* Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002
- Menzel, Hans-Joachim* Datenschutz – DNA-Analysedaten, in: Sokol, Bettina, Der gläserne Mensch – DNA-Analysen, eine Herausforderung an den Datenschutz, 2003, S. 4ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim* Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521
- Münch, Ingo v.* Grundgesetz Kommentar, begr. v. Ingo v. Münch, hrsg. V. Philip Kunig, 1.Bd. (Art. 1–19), 5. Aufl., 2000
- Münchener Kommentar* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1-240, 3. Aufl, 1993; §§ 705-853, 3. Aufl., 1997, 4. Aufl., 2004; §§ 854-1296, 3. Aufl., 1997
- Nipperdey, Hans C.* Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, 445
- Ohly, Ansgar* Die Einwilligung im Privatrecht, 2002
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., 2003

- Pfeifer, Karl-Nikolaus* Individualität im Zivilrecht, 2001
- Pieroth, Bodo/Schlinck, Bernhard* Grundrechte, Staatsrecht II, 17. Aufl., 2001
- Planck* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1928
- Podlech, Adalbert/Pfeifer, Michael* Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis zu modernen Werbestrategien, RDV 1998, 139
- Prantl, Heribert* Der journalistische Exklusivvertrag über Informationen aus der personalen Sphäre, AfP 1984, 17
- Raiser, Ludwig* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom subjektiven Recht, JZ 1961, 465
- Reichsgerichtsräte* Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, §§ 1-240, 12. Aufl., 1982; §§ 812-831, 12. Aufl., 1989 (zitiert: RGRK-Bearbeiter)
- Rosener, Wolfgang* Die Einwilligung in Heileingriffe, 1965
- Roßnagel, Alexander* Handbuch Datenschutzrecht, 2003 (zitiert: Roßnagel-Bearbeiter, Handbuch Datenschutzrecht)
- Roßnagel, Alexander* Recht der Multimediadienste, Stand Dezember 2002 (zitiert: Roßnagel-Bearbeiter, Multimediadienste)
- Roßnagel, Alexander/Pfitzmann, Andreas/Garstka, Hansjürgen* Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001

- Rüthers, Bernd* Die unbegrenzte Auslegung, 3. Aufl., 1988
- Sachs, Michael* Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1999
- Schack, Haimo* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., 2001
- Schaub, Günter* Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., 2002 (zitiert: Schaub-Bearbeiter)
- Schmidt, Eberhard* Der Arzt im Strafrecht, 1939
- Schmidt, Walter* Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241
- Schricker, Gerhard* Urheberrecht, Kommentar, 2. Aufl., 1999
- Schubert, Werner* Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988
- Schwerdtner, Eberhard* Kindeswohl oder Elternrecht?, AcP 173 (1973), 227
- Schwerdtner, Peter* Der zivilrechtliche Persönlichkeitschutz, JUS 1978, 289.
- Simitis, Spiros* Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 5. Aufl., 2003
- Simitis, Spiros* Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept, DUD 2000, 714
- Simitis, Spiros* Die Erosion des Datenschutzes, in: Sokol, Bettina, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 5ff.

- Simon, Jürgen* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen, 1981
- Soergel, Hans Theodor* Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1-240, 12. Aufl., 1987; §§ 823-853, 12. Aufl., 1999; §§ 1589-1921, 12. Aufl., 1987
- Soergel, Hans. Theodor.* BGB, Kommentar, §§ 1-432, 8.Aufl., 1952
- Staudinger, J. v.* BGB, Kommentar, §§ 1-240, 11. Aufl., 1957; §§ 823-825, 13. Aufl., 1999
- Staudinger, Julius v.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 164-240, 13. Aufl., 1995; §§ 823- 832, 12. Aufl., 1986
- Stern, Klaus* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband, 1988
- Sternberg-Lieben, Detlev* Die objektiven Schranken der Einwilligung, 1997
- Stoll, Hans* Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961
- Stolleis, Michael* Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Simon, Dieter, Rechtswissenschaft der Bonner Republik, 1994, S. 227ff.
- Thur, Andreas v.* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 2. Hälfte, 1918
- Tinnefeld, Marie-Theres/Ehmann, Eugen* Einführung in das Datenschutzrecht, 1. Aufl., 1992; 3. Aufl., 1998

- Ullmann, Eike* Caroline v., Marlene D., Eheleute M. – ein fast geschlossener Kreis, WRP 2000, 1049
- Ullmann, Eike* Persönlichkeitsrechte in Lizenz?, AfP 1999, 209
- Ulmer, Eugen* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980
- Ulrich, Stefan* Das Recht auf Identität im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, 1995
- Vieweg, Klaus/Werner, Almuth* Sachenrecht, 2003
- Vogelgesang, Klaus* Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987
- Voll, Doris* Die Einwilligung im Arztrecht, 1996
- Wahl, Rainer/Masing, Johannes* Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002 (zitiert: Wandtke/Bullinger-Bearbeiter)
- Wedde, Peter* Zur Mitarbeiterüberwachung in Arbeitsverhältnissen, DUD 2004, 21
- Wedde, Peter* Die wirksame Einwilligung im Arbeitnehmerdatenschutz, DUD 2004
- Weichert, Thilo* Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463
- Westphalen, Friedrich Graf v.* Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, Vertragliche und deliktische Haftung, Strafrecht und Produkt-Haftpflichtversicherung, 2. Aufl., 1997

- Westphalen, Friedrich Graf v.* Produkthaftungshandbuch, Bd. 2, Das deutsche Produkthaftungsgesetz; Internationales Privat- und Prozessrecht; Länderberichte zum Produkthaftungsrecht, 2. Aufl., 1999
- Wieacker, Franz* Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974
- Wiedemann, Herbert* Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567 u. 1044/89, JZ 1994, 411
- Wronka, Georg* Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den sogenannten besonderen Persönlichkeitsrechten, UFITA Bd. 69 (1973), 71
- Zitelmann, Ernst* Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1ff.
- Zöller, Richard* Zivilprozessordnung, Kommentar, 24. Aufl., 2004
- Zöllner, Wolfgang* Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1

Zur Person des Verfassers

Der Verfasser wurde am 06.07.1974 in Darmstadt geboren. Ab 1981 besuchte er die dortige Morneweg-Grundschule. Das Abitur legte er 1994 am Ludwig-Georgs-Gymnasiums ab. Sodann absolvierte er den Zivildienst im Bereich Rettungswesen. Das Studium der Rechtswissenschaften begann er im Wintersemester 1995 an der Phillips-Universität Marburg. Das Erste Staatsexamen legte er im Februar 2000 ab. Nach Referendarstationen in Wiesbaden, Darmstadt, Speyer und Stuttgart folgte das Zweite Staatsexamen im August 2002. Seit November 2002 ist der Verfasser wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Technischen Universität Darmstadt.